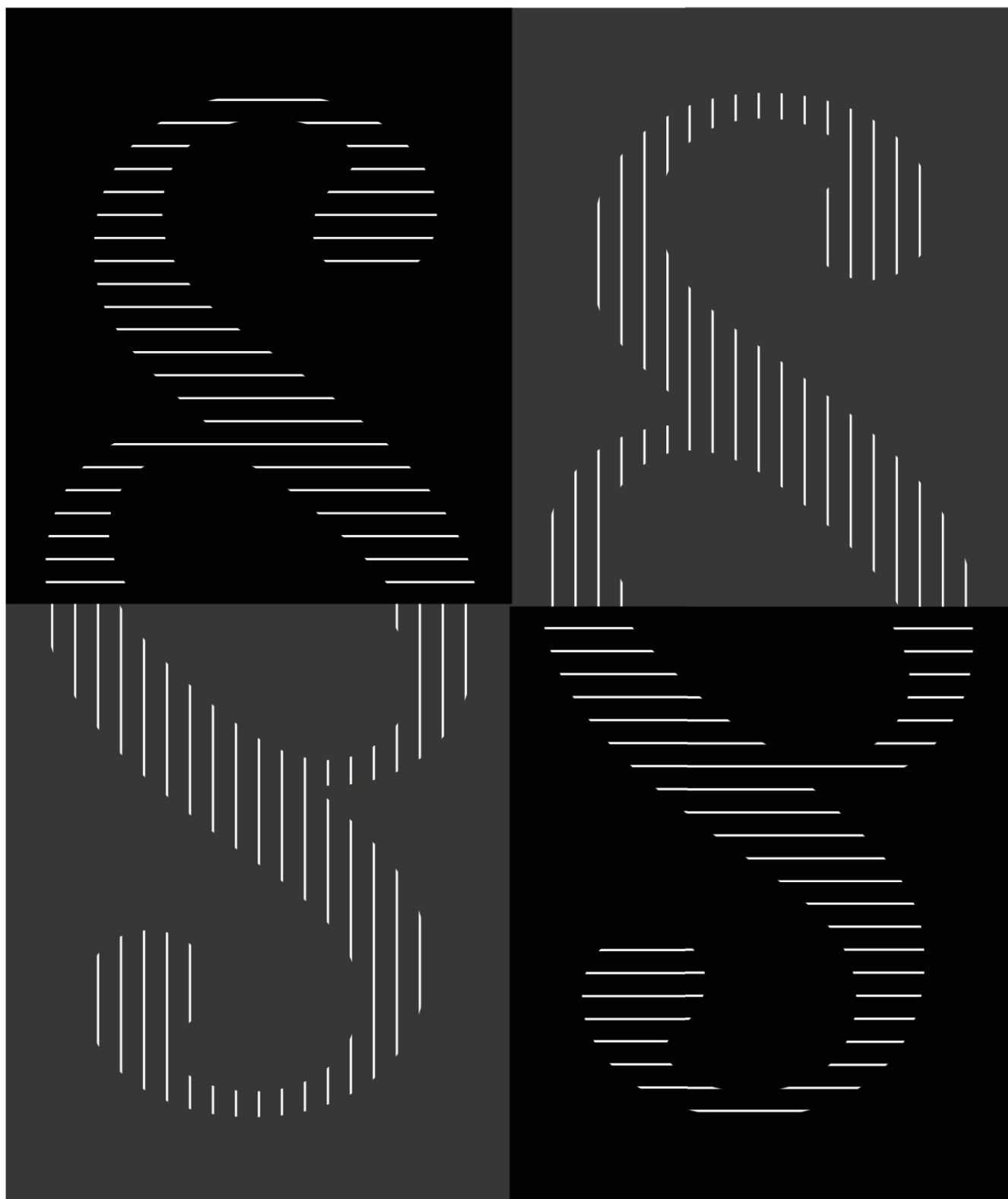


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 04 / 2015 (21)

ISSN 1689-9601 | www.ipp.tbbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2015/4

Autorzy

Kamil Burski
Bolesław Dullek
Jakub Grygutis
Marek Jakubiec
Sylvia Kietbasa
Maria Kierska
Mateusz Kosiór
Anita Kubanek
Tomasz Marek
Rafał Marek
Rafał Patryn
Marek Rafał
Dorota Przeklasa
Konrad Purzycki
Małgorzata Stępień
Marek Strzala
Szymon Śniady
Jakub Turczyn
Daria Wójcik

Korekta językowa

Pracownia Edytorska
Magdaleny i Jacka Pawłowiczów

Kolegium Redakcyjne Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Kamila Specka (p.o. redaktor naczelny)
mgr Marcin Kaliński
mgr Kamil Mamak
mgr Daria Wójcik
Kamil Burski

Adres Redakcji

Straszewskiego 25/9 | 31-007 Kraków
redakcja.ipp@tbsp.pl | www.ipp.tbsp.pl
© by tbsp uj

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa
Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISSN 1689-9601

Spis treści

RADA NADZORCZA W GMINNEJ SPÓŁCE PRAWA HANDLOWEGO

Kamil Burski

CITIZENS' PATROLS': INVOLVING SOCIETY IN COMMUNITY CRIME PREVENTION

Daria Wójcik

GRANICE ROZSZCZEPIENIA PRAW Z AKCJI

Małgorzata Stępień

PRAWNE ASPEKTY USTALENIA MOMENTU WYPŁATY ŚWIADCZEŃ Z TYTUŁU PRAWA DO RENTY RODZINNEJ PO OSOBIE UZNANEJ ZA ZMARŁĄ

Jakub Grygutis

THE EMPLOYEE INVOLVEMENT IN DECISION-MAKING PROCESS FROM THE EUROPEAN AND U.S. PERSPECTIVE

Maria Kierska, Tomasz Marek

ZASADY PRAWNO-FORMALNEGO POSTĘPOWANIA LEKARZA W KONTEKŚCIE ŚWIADOMEJ ZGODY PACJENTA I OBOWIĄZKU ZACHOWANIA TAJEMNICY LEKARSKIEJ

Sylvia Kietbasa, Rafał Patryn

GWARANCJE WOLNOŚCI RELIGIJNEJ W PRZEPISACH PRAWA PRACY. ZARYS STANU PRAWNEGO DE LEGE LATA I POSTULATY DE LEGE FERENDA

Marek Strzała

KONCEPCJA PROFILOWANIA POMOCY DLA OSÓB BEZROBOTNYCH JAKO NOWY INSTRUMENT POPRAWY JAKOŚCI USŁUG ŚWIADCZONYCH PRZEZ POWIATOWE URZĘDY PRACY

Dorota Przekłasa

**DESUETUDO W PRAWIE RZYMSKIM I W JURYSPRUDENCJI
EUROPEJSKIEJ**

Rafał Marek

PRZYMUS BEZPOŚREDNI STOSOWANY W CELACH LECZNICZYCH

Anita Kubanek

**SPOSOBY I SKUTKI ODWOŁANIA DAROWIZNY W PRAWIE CYWILNYM
ZE SZCZEGÓNYM UWZGLĘDNIENIEM NIERUCHOMOŚCI**

Mateusz Kosiór

**OGÓLNOPOLSKA KONFERENCJA NAUKOWA „PRAWO
KANONICZNE NA ZIEMIACH POLSKICH W CZERWIE, DZIŚ I JUTRO”**

Bolesław Dłllek

**NOWE TECHNOLOGIE A ONTOLOGIA PRAWA. O NOWEJ
KATEGORII BYTÓW W PRAWIE OSOBOWYM**

Jakub Turczyn

**USTRÓJ I STATUS PRAWNOMIĘDZYNARODOWY WOLNEGO
MIASTA GDAŃSKA (1920–1939)**

Konrad Purzycki

**ROZPOZNANIE SKARG NA POSTANOWIENIE REFERENDARZA
SĄDOWEGO PRZEZ SĄD ORZEKAJĄCY JAKO SĄD II INSTANCJI
(ART. 39823 K.P.C. I ART. 7673A K.P.C.)**

Szymon Śniady

Kamil Burski*

Rada nadzorcza w gminnej spółce prawa handlowego

Artykuł dotyczy zagadnienia prawnej problematyki funkcjonowania rad nadzorczych w gminnych spółkach prawa handlowego, ze szczególnym uwzględnieniem różnic w stosunku do przepisów ogólnych Kodeksu spółek handlowych. W oparciu o dostępną literaturę i orzecznictwo, analizie poddano przepisy ustawy o gospodarce komunalnej, której przepisy przewidują przede wszystkim obligatoryjność powołania rady nadzorczej w spółkach komunalnych. Sporo miejsca poświęcono ograniczeniom antykorupcyjnym dotyczącym członków rad.

I. Wprowadzenie

Działalność gospodarcza stanowi jeden ze sposobów wykonywania zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Zaspokojenie potrzeb mieszkańców wymaga wykorzystania środków gospodarczych, a nie tylko instrumentów administracyjnych. Z tego powodu jednostki samorządu terytorialnego w odpowiednim zakresie mogą, a nawet mają obowiązek prowadzenia działalności gospodarczej¹. Zadania z zakresu działalności gospodarczej, rozumianej jako działalność zarobkowa – na przykład wytwórcza, budowlana, usługowa lub handlowa, stanowią szcze-

* Autor jest studentem III roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2010, s. 330.

gólną grupę zadań własnych gminy. Taką działalność gmina może prowadzić tylko w zakresie, który jest ustalony przez ustawy i wykracza poza tak zwane zadania użyteczności publicznej, co wynika z nieprecyzyjnie zredagowanego art. 9 ust. 2 u.s.g. Zadania te zostały zdefiniowane jako takie, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 9 ust 4 u.s.g.). Wyodrębnienie tej kategorii zadań własnych, związanych z gospodarką komunalną ma na celu podkreślenie, że w ich zakresie nie może być mowy dosłownie o „gospodarce”, rozumianej jako działalność gospodarcza przynosząca zysk. Uwarunkowania rynkowe nie mogą mieć wpływu na te zadania, które powinny być realizowane nieprzerwanie i powinny zaspokajać potrzeby ludności². Ustawodawca nieprecyzyjnie uregulował zagadnienie objęte art. 9 ust 2 u.s.g. Może z niego wynikać, że gmina lub inna gminna osoba prawna prowadzi działalność gospodarczą również w zakresie zadań o charakterze użyteczności publicznej. Art. 9 ust. 2 należy rozumieć w ten sposób, że dopuszcza on prowadzenie działalności poza zadaniami o charakterze użyteczności publicznej i tylko w tej sferze ma ona charakter działalności gospodarczej. Orzecznictwo sądowe jest w tym zakresie zróżnicowane. W uchwale z 30 listopada 1992 r. Sąd Najwyższy jednoznacznie dopuścił możliwość prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej³. Analogiczne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 16 maja 2006 r.⁴ Na uwagę zasługuje również stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego zawarte w wyroku z 9 stycznia 2003 r., w którym Sąd jednoznacznie wskazał na odmiennność gospodarki komunalnej od działalności gospodarczej, akcentując brak celu zarobkowego w odniesieniu do gospodarki komunalnej gmin⁵. Stanowisko to zasługuje na pełną aprobatę. Wydaje się, że jest wiele takich obszarów, które zaliczyć można do zadań własnych gminy i do zabezpieczenia których ustawodawca zobowiązuje samorząd lokalny jako organ władzy publicznej. Przykładem tego mogą być chociażby zadania dotyczące wodociągów

² J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 186.

³ Uchwała SN z dnia 30 listopada 1992 r., sygn. III CZP 134/92, LEX nr 3850.

⁴ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 16 maja 2006 r., sygn. II OSK 288/06, LEX nr 271344.

⁵ Wyrok NSA w Gdańsku z dnia 9 stycznia 2003 r., sygn. SA/Gd 1968/02, LEX nr 79896.

i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, zaopatrzenia w energię ciepłą, lokalnego transportu zbiorowego. Biorąc pod uwagę, że są to obszary, w których zyskowność przedsięwzięcia może być mało opłacalna do podejmowania tychże działań przez podmioty prywatne, konieczność interwencji gospodarczej gmin wydaje się być pożądana. Stąd też, biorąc pod uwagę wyłącznie względy celowościowe, wyposażenie jednostek samorządu terytorialnego w prawo prowadzenia przez nie działalności gospodarczej, wydaje się niezbędne i oczywiste dla prawidłowego wykonywania przez samorząd zadań publicznych, powierzonych samorządom przez ustawodawcę. Odmienność gospodarki komunalnej od działalności gospodarczej dotyczy kwestii samego celu działalności i nastawienia profilu działalności na maksymalizację zysku. Prowadzenie czystej działalności komercyjnej przez gminy mogłoby niejednokrotnie wpływać negatywnie na rynek, np. poprzez monopolizację danego obszaru. Ustawodawca zastrzegł więc wyraźnie, tworząc rygor, że gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych przez ustawę.

Gospodarka komunalna jest pojęciem obejmującym gospodarkę gminną, powiatową, wojewódzką (samorządu województwa), związków i porozumień komunalnych. W obecnym porządku prawnym definicję legalną tego pojęcia zawiera art. 1 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej⁶. Gospodarką komunalną jest zatem według ustawy działalność polegająca na wykonywaniu przez jednostki samorządu terytorialnego zadań własnych w celu zaspokojenia potrzeb wspólnoty samorządowej. Natomiast ustęp 2 tegoż artykułu określa zakres przedmiotowy tego pojęcia: „Gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych⁷. Formy gospodarki komunalnej reguluje art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z tym artykułem, gospodarka komunalna jest prowadzona w szczególności w formie zakładu budżetowego lub spółek handlowych. Artykuł ten stanowi jedynie wskazanie na preferowane formy prowadzenia gospodarki komunalnej, ale

⁶ Dz.U. 2011, Nr 45, poz. 236, j.t.

⁷ M. Baładyga, *Gospodarka komunalna – aspekty prawne*, Ostrołęka 2004, s. 17.

nie zawiera wyczerpującego katalogu⁸. Ustawodawca nie wyklucza innych sposobów prowadzenia gospodarki komunalnej przez jednostki samorządu terytorialnego. Komentowany przepis ma charakter ogólny i należy go interpretować łącznie z art. 9 i 10 u.g.k. Zgodnie z art. 9 u.g.k. w sferze użyteczności publicznej jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjne, a także przystępować do tych spółek. Natomiast poza sferą użyteczności publicznej gminy mogą tworzyć spółki prawa handlowego (art. 10 u.g.k.k.), np. spółki komandytowo-akcyjne. Łączna analiza przepisów art. 9-10 u.g.k. jednoznacznie wskazuje, że gminy nie mogą tworzyć spółek cywilnych⁹. Kontrowersyjne i dyskusyjne wydaje się być zagadnienie dotyczące możliwości tworzenia przez gminy tzw. osobowych spółek handlowych, tj. spółki jawnej, spółki komandytowej, spółki komandytowo-akcyjnej. W przypadku tych dwóch ostatnich form prawnych ustawodawca przewiduje, że jednostka samorządu terytorialnego może tworzyć takie spółki w celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, co jest zasadne ze względu na specyfikę tejże umowy. Moim zdaniem, które jest efektem wnioskowania poprzez porównanie treści art. 9 i art. 10 u.g.k., w przypadku sfery użyteczności publicznej jednostka samorządu terytorialnego może tworzyć bądź przystępować wyłącznie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółek akcyjnych. Ustawodawca bowiem w art. 10 ust. 1 u.g.k. wyraźnie zastrzegł, posługując się zwrotem „poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć”, a więc *a contrario* art. 9 u.g.k. określa formy prawne spółek pozostających w sferze użyteczności publicznej. Ustawodawca w art. 10 ust. 1 u.g.k. posługuje się również zwrotem „gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich”. Poprzez spółki prawa handlowego rozumieć będziemy ogół form prawnych przewidzianych przez przepisy Kodeksu spółek handlowych, a więc także spółkę jawną, spółkę komandytową, spółkę komandytowo-akcyjną. Stąd też wnioskuję, że jest możliwe, aby gmina była współnikiem spółki jawnej, działającej poza sferą użyteczności publicznej. Biorąc jednak pod uwagę nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem, nie

⁸ P. Chmielnicki (red.), op.cit., s. 163.

⁹ W. Gonet, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 20-21.

wydaje się celowe podejmowanie przez gminę wyboru tej formy prowadzenia działalności.

II. Obligatoryjność powołania rady nadzorczej

Kapitałowe spółki prawa handlowego, tworzone są przez jednostki samorządu terytorialnego na podstawie przepisów Kodeksu spółek handlowych¹⁰ oraz przepisów o gospodarce komunalnej, oraz przepisów ustrojowych jako *lex specialis* w stosunku do Kodeksu spółek handlowych. Należy wśród nich wymienić przede wszystkim art. 10a u.g.k. regulujący w sposób szczególny sytuację prawną organów (rad nadzorczych i zarządów) spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych z udziałem jednostek samorządu terytorialnego¹¹. Art. 10a ust. 1 u.g.k. przesądza przede wszystkim, że w spółkach z udziałem jednostek samorządu terytorialnego obligatoryjnie działa rada nadzorcza. W zakresie dotyczącym spółek akcyjnych z udziałem jednostek samorządu terytorialnego art. 10a ust. 1 u.g.k. nie ma znaczenia, gdyż w każdej spółce akcyjnej musi obligatoryjnie być powołana rada nadzorcza, co wynika z art. 381 k.s.h. Rada nadzorcza w spółce akcyjnej sprawuje stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. W celu wykonania swoich obowiązków rada nadzorcza może badać wszystkie dokumenty spółki, żądać od zarządu i pracowników sprawozdań i wyjaśnień oraz dokonywać rewizji stanu majątku spółki. Rada nadzorcza nie może jednak wydawać zarządowi spółki wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki. Przepis art. 10a ust. 1. u.g.k. znajduje zastosowanie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, w których rada nadzorcza jest organem fakultatywnym¹². Zgodnie bowiem z art. 213 par. 1 k.s.h. umowa spółki może ustanowić radę nadzorczą lub komisję rewizyjną albo oba te organy. Rada nadzorcza w spółkach z o.o. jest co do zasady organem fakultatywnym, ustanawianym w umowie spółki przez jej założycieli w zależności od ich swobodnego uznania. Założyciele spółki z o.o. mogą zatem ustanowić radę nadzorczą lub też zrezygnować z jej utworzenia. Mogą oni też (fakultatywnie)

¹⁰ Dz.U. 2013, poz. 1030, j.t.

¹¹ K. Strzyczkowski, op.cit., s. 338-339.

¹² W. Gonet, op.cit., s. 85.

utworzyć komisję rewizyjną - czy to obok rady nadzorczej, czy też zamiast niej (art. 213 § 1 k.s.h.). Ta fakultatywność tworzenia w spółce z o.o. rady nadzorczej (lub komisji rewizyjnej) bierze się stąd, że w spółce takiej prawo kontroli (które w przypadku utworzenia rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej należy do jej podstawowych uprawnień) i tak służy każdemu wspólnikowi. W tym celu wspólnik lub wspólnik z upoważnioną przez siebie osobą może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki, sporządzać bilans do swego użytku lub żądać wyjaśnień od zarządu (art. 212 § 1 k.s.h.). Dopiero w przypadku spółek z o.o., w których kapitał zakładowy przewyższa kwotę 500 000 złotych, a wspólników jest więcej niż dwudziestu pięciu, powołanie rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej jest obligatoryjne (art. 213 § 2 k.s.h.). Ustanowienie w spółce z o.o. rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej (czy to fakultatywne, czy też obligatoryjne w przypadku określonym w art. 213 § 2 k.s.h.) sprawia przy tym, że umowa spółki może wówczas wyłączyć albo ograniczyć indywidualną kontrolę wspólników (art. 213 § 3 k.s.h.)¹³. Także w przypadku spółek komandytowo-akcyjnych powołanie rady nadzorczej jest fakultatywne; obowiązek ustanowienia rady nadzorczej w spółce komandytowo-akcyjnej istnieje zgodnie z art. 142 par. 1 k.s.h. jedynie, gdy liczba akcjonariuszy przekroczy 25 osób.

W piśmiennictwie słusznie podkreśla się, że art. 10a u.g.k. ma zastosowanie do spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego niezależnie od liczby posiadanych przez nią akcji lub udziałów. Dotyczy to również składu osobowego spółki, tzn. czy jej udziałowcami (akcjonariuszami) są jedynie jednostki samorządu terytorialnego, czy też obok nich inne podmioty¹⁴. W spółkach z o.o. z udziałem jednostek samorządu terytorialnego ustanowienie rady nadzorczej jest zawsze obligatoryjne, bez względu na wysokość kapitału zakładowego danej spółki oraz bez względu na liczbę jej wspólników. Należałoby przy tym przyjąć, że w samorządowych spółkach z o.o. musi być obligatoryjnie ustanowiona właśnie rada nadzorcza i nie jest w tym względzie wystarczające ustanowienie samej tylko komisji rewizyjnej (a więc inaczej niż ma to miejsce w przypadku określonym w art. 213 § 2 k.s.h., gdzie dopuszczono w tym

¹³ M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 431-447.

¹⁴ W. Gonet, *op.cit.*, s. 86.

względnie alternatywę - rada nadzorcza lub komisja rewizyjna). Komisja rewizyjna może być wówczas rzecz jasna powołana, ale tylko i wyłącznie obok – obligatoryjnie w takich przypadkach ustanawianej – rady nadzorczej. Jeżeli dana spółka z o.o. od początku jest spółką samorządową (bo została utworzona przez jednostkę samorządu terytorialnego), to ustanowienie rady nadzorczej musi się dokonać w pierwotnej umowie spółki (nieustanowienie rady nadzorczej sprawi przy tym, że sąd rejestrowy będzie musiał odmówić wpisu takiej spółki do rejestru przedsiębiorców). Jeżeli natomiast dana spółka z o.o. pierwotnie była spółką prywatną i dopiero potem przystąpiła do niej jednostka samorządu terytorialnego, to w razie gdyby w tej spółce nie działała jeszcze rada nadzorcza, powinna nastąpić zmiana w tym zakresie umowy spółki i obligatoryjne ustanowienie rady nadzorczej.¹⁵ Obligatoryjność powołania rady nadzorczej, wyposażenie jej w odpowiednie kompetencje zapewniające skuteczne funkcjonowanie spółki i sprawowanie należytej ochrony udziałowców/akcjonariuszy, jest podstawowym elementem tzw. nadzoru korporacyjnego. Nadzór korporacyjny bywa różnie definiowany w nauce zarządzania. Rozumieć go należy jako mechanizm służący do kontroli i koordynacji zachowań udziałowców współpracujących z kadrą zarządzającą dla zapewnienia efektywnej realizacji stawianych przed przedsiębiorstwami zadań. Gmina będąca udziałowcem spółki, tak jak i właściciel prywatny powierzając zadanie zarządzania spółką kadrze zarządzającej, oddaje część swoich kompetencji, możliwości podejmowania ważnych dla spółki decyzji. Dla zachowania zgodności tychże decyzji z interesami gminy (udziałowca) niezbędne więc wydaje się zapewnienie efektywnego nadzoru korporacyjnego. A na to wpływ mają przyjęte rozwiązania prawne co do organizacji spółki i jej organów. Jej skład i dobór członków niewątpliwie winien sprzyjać obiektywnemu i merytorycznemu sprawowaniu nadzoru nad funkcjonowaniem spółki, stąd też ustawodawca słusznie przewidział szereg wymogów oraz ograniczeń dotyczących samych członków rad nadzorczych spółek komunalnych.

III. Członkowie rady nadzorczej

¹⁵ M. Szydło, op.cit., s. 431-447.

Członkowie rady nadzorczej w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością są powoływani i odwoływani uchwałą wspólników, o ile umowa spółki nie stanowi inaczej (art. 215 k.s.h.). Analogicznie w spółce akcyjnej członkowie rady nadzorczej są powoływani i odwoływani przez walne zgromadzenie, natomiast statut może przewidywać inny sposób powoływania lub odwoływania członków rady nadzorczej (art. 385 par. 1-2 k.s.h.). W spółce komandytowo-akcyjnej członków rady nadzorczej powołuje i odwołuje walne zgromadzenie (art. 142 par. 2 k.s.h.). Przyjęte sformułowanie ogranicza swobodę w wyborze formy powołania członków rady nadzorczej. Zgodnie z art. 12 ust. 4 u.g.k. w jednoosobowych spółkach jednostek samorządu terytorialnego funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) pełnią organy wykonawcze tych jednostek samorządu terytorialnego. Funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) w gminnej spółce prawa handlowego wykonywać będzie wójt (burmistrz, prezydent miasta), który zgodnie z art. 26 ust. 1 u.s.g. jest jednoosobowym organem wykonawczym gminy. Członków rady nadzorczej w komunalnej spółce z o.o., akcyjnej, komandytowo-akcyjnej musi być minimum trzech¹⁶. W umowie spółki z o.o., akcyjnej, komandytowo-akcyjnej można zawrzeć postanowienie, że jednostka samorządu terytorialnego niezależnie od ilości posiadanych udziałów (akcji) będzie powoływać określoną liczbę członków rady nadzorczej albo nawet całą radę nadzorczą¹⁷. W przypadku spółki powstałej w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego, zgodnie z art. 18 u.g.k. pracownicy zachowują prawo wyboru:

1. dwóch członków rady nadzorczej w radzie liczącej do sześciu członków;
2. trzech członków rady nadzorczej w liczbie liczącej od siedmiu do dziesięciu członków;
3. czterech członków rady nadzorczej w radzie liczącej jedenastu lub więcej członków.

Wybierani są oni w głosowaniu bezpośrednim i tajnym, przy zachowaniu zasady powszechności. Wybór przez pracowników swoich przedstawicieli ma charakter jednostopniowy (bezpośredni). Każdy pracownik ma prawo głosować w sposób tajny, co obejmuje nie tylko prawo do

¹⁶ W. Gonet, op.cit., s. 87.

¹⁷ *Ibidem*, s. 86.

nieujawniania, na kogo dany pracownik głosuje w trakcie samego aktu głosowania, ale również prawo, by jego głos pozostał tajny także po wyborach. Możliwość oddania głosu w sposób tajny powinna być zagwarantowana przez spółkę m.in. przez stworzenie odpowiednich warunków lokalowych i technicznych. Ponadto żaden pracownik spółki nie może zostać wykluczony z kręgu podmiotów mogących oddać swój głos wyborach. Wynik wyborów jest wiążący dla walnego zgromadzenia. Pracownicy mogą powołać do rady nadzorczej osoby spoza swego grona¹⁸. Ustawa nie zawiera natomiast postanowienia, że w wyborach przedstawicieli pracowników do rady nadzorczej musi być zagwarantowana zasada równości. Nie można więc wykluczyć, że w akcie założycielskim spółki lub w jej statucie oraz w regulaminie wyborczym (uchwalanym i przyjmowanym w sposób określony w akcie założycielskim lub statucie) przesądzone zostanie, iż niektóre kategorie pracowników spółki (wyodrębnione na podstawie określonego kryterium) będą posiadały w trakcie wyborów oraz głosowania na reprezentantów pracowników więcej niż jeden głos¹⁹. Pracownikowi spółki, będącemu członkiem jej rady nadzorczej, spółka nie może, w okresie trwania kadencji rady ani w okresie roku po zakończeniu kadencji, wypowiedzieć stosunku pracy, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 52 Kodeksu pracy (ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych; popełnienie w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, która uniemożliwia dalsze zatrudnienie na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem; zawiniona przez pracownika utrata uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku). W tym czasie spółka nie może również zmniejszyć na niekorzyść pracownika warunków pracy lub płacy. Poza dyskusją jest fakt, że pracownicy spółki niewątpliwie należą do grona interesariuszy przedsiębiorstwa, a więc podmiotów, które mogą wpływać na przedsiębiorstwo i które to pozostają pod wpływem jego działalności. Stąd też właściwe jest, aby również przedstawiciele pracowników mogli uczestniczyć w sprawowaniu nadzoru nad funkcjonowaniem spółki. Ustawodawca wymusił na jednostkach samorządu terytorialnego, aby w spół-

¹⁸ W. Gonet, op.cit., s. 111-112.

¹⁹ M. Szydło, op.cit., s. 503-519.

kach powstałych w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnego pracownicy zachowali prawo wyboru określonej ustawą liczby członków rady nadzorczej. Moim zdaniem, przepisy ustawy są w tym miejscu, tj. poprzez narzucenie proporcji, zbyt rygorystyczne i zdecydowanie powinny być przedmiotem do uregulowania we własnym zakresie w akcie założycielskim lub statucie spółki przez jednostkę samorządu terytorialnego. Narzucone przez ustawodawcę proporcje prowadzić bowiem mogą do sytuacji, gdy gmina będąca większościovym bądź całkowitym udziałowcem spółki pozbawiona będzie większości głosów w radzie nadzorczej. Obrazując to na żywym przykładzie, nie trudno wyobrazić sobie małej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ze 100% udziałem gminy, która powstała w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa komunalnej, w której powołana będzie 3-4 osobowa rada nadzorcza. Nie ma bowiem sensu, aby rada ta była liczniejsza ze względu np. na ograniczoną skalę działalności spółki, trudności w obsadzie rady, znalezienia osób, które mogą wykazać się posiadaniem wymaganych przez ustawę kwalifikacji, a także rachunek ekonomiczny – konieczność oszczędnego gospodarowania. W radzie takiej, zgodnie z przepisami ustawy, znaleźć się będzie musiało dwóch członków wybranych przez pracowników spółki. Tym samym, gmina może zostać pozbawiona pełnej kontroli nad spółką, nie będąc np. móc odwołać członków zarządu spółki, bez zgody przedstawicieli pracowników. Przyjęte więc w ustawie rozwiązania oceniam krytycznie, bowiem interes gminy jako właściciela niejednokrotnie może rozmiąć się z interesem pracowników spółki.

Art. 10a ust. 3 u.g.k. statuuje, że kadencja członka rady nadzorczej w spółkach (z.o.o., akcyjnej i komandytowo-akcyjnej) z większościovym udziałem jednostek samorządu terytorialnego trwa 3 lata. Wydaje się, że właściwszym rozwiązaniem byłoby takie, aby kadencja członka rady nadzorczej w spółkach z większościovym udziałem j.s.t. trwała np. 5 lat, wówczas kadencja ta uniezależniona byłaby od kalendarza politycznego, to jest przypadających co 4 lata wyborów władz samorządowych. Czas trwania kadencji członka rady nadzorczej nie będzie miał jednakże większego znaczenia, bowiem zgodnie z przepisami k.s.h. członkowie rady nadzorczej mogą być odwołani w każdym czasie. W spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z mniejszościovym udziałem j.s.t., zgodnie z art. 216 par. 1 k.s.h., członków rady nadzorczej powołuje się na rok,

jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej. W spółkach akcyjnych i komandytowo-akcyjnych z mniejszościowym udziałem j.s.t, kadencja członka rady nadzorczej nie może być dłuższa niż pięć lat (art. 386 par. 1 k.s.h.). Większościowy udział dotyczy liczby głosów, jakimi dysponuje jednostka na zgromadzeniu wspólników, gdyż zapewnia to jej bezpośredni wpływ na powołanie i odwołanie członka rady nadzorczej, bez odrębnego zapisu w umowie spółki uprawniającego jednostkę do powołania członków rady niezależnie od ilości posiadanych udziałów (akcji)²⁰. Członkiem rady nadzorczej, zgodnie z art. 18 par. 1 k.s.h, może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Nie może być członkiem rady nadzorczej osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w przepisach rozdziałów XXXIII-XXXVII Kodeksu karnego oraz w art. 585, art. 587, art. 590 i w art. 591 ustawy. Zakaz ten ustaje z upływem piątego roku od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego, jednakże nie może zakończyć się wcześniej niż z upływem trzech lat od dnia zakończenia okresu odbywania kary. Zgodnie z art. 10a ust. 4 u.g.k. członkowie rady nadzorczej powoływani przez jednostkę samorządu terytorialnego muszą zdać egzamin określony w art. 12 ust. 2 i 7 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji²¹. Zasady organizowania egzaminów dla kandydatów na członków rad nadzorczych, w których Skarb Państwa jest jedynym akcjonariuszem, określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 września 2004 r.²² Egzamin składa się z części pisemnej i ustnej. Część pisemna przeprowadzana jest w formie testu zawierającego 150 pytań, część ustna sprawdza wiedzę i predyspozycje kandydata do pracy w radzie nadzorczej. Warunkiem dopuszczenia kandydata do części ustnej egzaminu jest udzielenie prawidłowej odpowiedzi na nie mniej niż 100 pytań testu. Kandydaci na członków rad nadzorczych mogą korzystać w czasie egzaminu pisemnego ze źródeł prawa udostępnionych przez ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa. Zwolnione z obowiązku składania egzaminu są osoby, które:

²⁰ W. Gonet, op.cit., s. 87.

²¹ Dz.U. 2013, poz. 216, j.t.

²² Dz.U. 2004, Nr 198, poz. 2038, z późn.zm.

1. przed dniem wejścia w życie rozporządzenia zdały egzamin przed komisją powołaną przez Ministra Przekształceń Własnościowych, Ministra Przemysłu i Handlu, Ministra Skarbu Państwa lub Komisją Selekcyjną powołaną na podstawie przepisu art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji (Dz. U. Nr 44, poz. 202, z późn. zm.);
2. posiadają stopień naukowy doktora nauk prawnych lub nauk ekonomicznych;
3. posiadają wpis na listę radców prawnych, adwokatów, biegłych rewidentów lub doradców inwestycyjnych.

Osoby wybierane do rady nadzorczej przez pracowników nie muszą wykazać się żadnymi kwalifikacjami. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie jest wygodne dla pracowników, gdyż umożliwia desygnowanie osób ze swego grona niemających wyżej wskazanych kwalifikacji²³. Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania co do stawianych członkom rady nadzorczej wymogów co do kwalifikacji należy oceniać pozytywnie. Trudno wyobrazić sobie efektywne wykonywanie nadzoru korporacyjnego bez fachowego i merytorycznego przygotowania członków rady nadzorczej. Rozwiązania przyjęte w takim kształcie zasadnie ograniczają arbitralność w doborze członków rady. W przypadku osób wybieranych do rady nadzorczej przez pracowników, gdyby musieli oni spełniać te kryteria, istniałby istotny problem z obsadą członków rady. Stąd też za racjonalne należy uznać rozwiązanie wyłączające te osoby z konieczności uzyskania uprawnień, takich jakie dotyczą pozostałych członków rady, przewidzianych przez ustawodawcę.

IV. Ograniczenia i zakazy

Zgodnie z art. 10a ust. 5 u.g.k. do członków rad nadzorczych spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego, reprezentujących w spółce jednostkę samorządu terytorialnego, stosuje się odpowiednio art. 13 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji. Na podstawie art. 13 u.k.p. w czasie gdy Skarb Państwa pozostaje jedynym akcjonariuszem spółki, członkowie rady nadzorczej nie mogą:

²³ W. Gonet, op.cit., s. 112.

1. pozostawać w stosunku pracy ze spółką ani świadczyć pracy lub usług na jej rzecz na podstawie innego tytułu prawnego;
2. posiadać akcje lub udziałów u przedsiębiorców tworzonych przez spółkę, z wyjątkiem akcji dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym;
3. pozostawać u przedsiębiorców, o których mowa w pkt 2, w stosunku pracy ani świadczyć pracy lub usług na ich rzecz na podstawie innego tytułu prawnego;
4. wykonywać zajęć, które pozostawałyby w sprzeczności z ich obowiązkami albo mogłyby wywołać podejrzenie o stronnictwo lub interesowność (zajęciem tym jest również pełnienie funkcji z wyboru w zakładowej organizacji pracy).

Ograniczenia z tytułu pkt. 3 nie dotyczą członkostwa w radach nadzorczych, z wyjątkiem rad nadzorczych konkurencyjnych przedsiębiorców. Zakaz pozostawania w stosunku pracy w spółce powstałej w wyniku komercjalizacji nie dotyczy osób wybranych do rady nadzorczej przez pracowników²⁴.

Ustawy samorządowe mocą art. 24f ust. 2 u.s.g, art. 25b ust. 3 u.s.p. oraz art. 27b ust. 3 u.s.w. zakazują radnym bycia członkiem władz zarządzających lub kontrolnych i rewizyjnych, pełnomocnikiem spółki handlowej z udziałem gminnych – odpowiednio powiatowych lub wojewódzkich - osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby. Radny rady gminy nie może być więc członkiem rady nadzorczej gminnej spółki prawa handlowego. Wybór lub powołanie go na tę funkcję jest z mocy prawa nieważne. Zakaz ten dotyczy również małżonków radnych oraz małżonków: wójtów ich zastępców, członków zarządów powiatów oraz województw, skarbników i sekretarzy jednostek samorządu terytorialnego, kierowników samorządowych jednostek organizacyjnych, osób zarządzających i członków organów zarządzających samorządowymi osobami prawnymi. Zdaniem M. Pyziak-Szafnickiej, jeżeli radny uczestniczy we władzach spółki wykorzystującej mienie komunalne, to pokusa i możliwość wykorzystania funkcji publicznej w interesie spółki istnieje niezależnie od tego, czy osoba ta jest członkiem

²⁴ *Ibidem*.

zarządu, rady nadzorczej czy komisji rewizyjnej. Dlatego właśnie łączenie tych funkcji zostało zakazane²⁵. Trudno się z tym twierdzeniem nie zgodzić. Nie trudno również wyobrazić sobie sytuacji, gdy wójtowie, burmistrzowie, prezydenci miasta dla doraźnych celów politycznych wykorzystywaliby stanowiska w radach nadzorczych do zdobycia poparcia wśród radnych. *Ratio legis* tego rozwiązania jest więc jak najbardziej zrozumiała. Jeżeli wybór lub powołanie nastąpiło przed rozpoczęciem wykonywania mandatu radnego, radny obowiązany jest zrzec się stanowiska lub funkcji w terminie 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania przez radnego. W razie niezrzeczenia się stanowiska lub funkcji radny traci je z mocy prawa po upływie tego terminu. Do dnia 27 lipca 2004 r. obowiązkiem zrzeczenia się stanowiska lub funkcji w spółkach handlowych z udziałem gminnych – odpowiednio powiatowych lub wojewódzkich – osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby, objęci byli także małżonkowie funkcjonariuszy publicznych, nawet jeżeli zostali wybrani lub powołani do pełnienia funkcji przed wyborem lub powołaniem na stanowisko funkcjonariusza samorządowego ich współmałżonka. W przypadku nie zrzeczenia się stanowiska lub funkcji małżonek funkcjonariusza samorządowego tracił je z mocy prawa po upływie trzech miesięcy od dnia złożenia ślubowania lub od dnia powołania na stanowisko małżonka będącego funkcjonariuszem samorządowym²⁶. Przepisy wszystkich trzech ustaw samorządowych, nakładające taki obowiązek na małżonka osoby, która uzyskała status funkcjonariusza samorządowego, zostały uznane przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 lipca 2004 r. za niezgodne z art. 2 oraz art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²⁷. Nie ma natomiast przeszkód, aby radny był członkiem władz zarządzających spółki utworzonej przez inną jednostkę samorządu terytorialnego, np. przez inną gminę lub powiat²⁸.

Ustawa antykorupcyjna²⁹ zawiera wspólne przepisy reglamentujące w sposób tożsamy uczestnictwo w spółkach prawa handlowego szerokiej

²⁵ A. Wierzbica, *Przepisy antykorupcyjne w administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 235-236.

²⁶ A. Wierzbica, *Ograniczenia antykorupcyjne w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2008, s. 123.

²⁷ Wyrok TK z dnia 13 lipca 2004 r., sygn. K 20/03, OTK A 2004, nr 7, poz. 63.

²⁸ Wyrok SN z dnia 10 stycznia 2003 r., sygn. I PK 107/02, LEX nr 106957.

²⁹ Dz.U. 2006, Nr 216, poz. 1584, z późn.zm.

kategorii podmiotów, w tym także osób pełniących funkcje publiczne w jednostkach samorządu terytorialnego. Ustawa antykorupcyjna w sposób rygorystyczny zakazuje adresatom tego aktu prawnego w okresie zajmowania stanowisk lub pełnienia funkcji bycia członkiem zarządów, rad nadzorczych lub komisji rewizyjnych spółek prawa handlowego. Zakaz ten ma charakter bezwarunkowy i nie ma znaczenia, czy spółka działa na terenie jednostki i czy w działalności wykorzystuje mienie jakiegokolwiek podmiotu publicznego. Obojętna jest również struktura własnościowa³⁰. Omawiany zakaz dotyczy m.in. wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), zastępców wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), skarbników gmin, sekretarzy gmin, kierowników jednostek organizacyjnych gminy, osób zarządzających i członków organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi oraz innych osób wydających decyzje administracyjne w imieniu wójta (burmistrza, prezydenta miasta). Zakaz zajmowania stanowisk w spółkach prawa handlowego wymienionych powyżej osób nie dotyczy, jeżeli zostały one zgłoszone do objęcia takich stanowisk w spółce prawa handlowego przez: Skarb Państwa, inne państwowe osoby prawne, spółki, w których udział Skarbu Państwa przekracza 50% kapitału zakładowego lub 50% liczby akcji, jednostki samorządu terytorialnego, ich związki lub inne osoby prawne jednostek samorządu terytorialnego. Osoby objęte przedmiotowym wyjątkiem nie mogą zostać zgłoszone do więcej niż dwóch spółek prawa handlowego z udziałem podmiotów zgłaszających te osoby. Tym samym, np. wójt może sprawować funkcję członka rady nadzorczej w gminnej spółce prawa handlowego, jeżeli został do niej zgłoszony jako przedstawiciel jednostki samorządu terytorialnego. Podkreślić należy, że wyznaczenie do spółki jest elementem koniecznym prawnie skutecznego uczestniczenia w takiej spółce. Wyznaczenie, o którym mowa w art. 6 ust. 2 ustawy antykorupcyjnej, wyłącza bowiem działanie art. 9 ustawy antykorupcyjnej. Z treści tego ostatniego przepisu wynika m.in., że wybór lub powołanie do władz spółki z naruszeniem zakazów jest z mocy prawa nieważny i nie podlega wpisaniu do właściwego rejestru. Uwagę zwraca nieprecyzyjna konstrukcja omawianej regulacji prawnej. Pojawia się w niej bowiem sformułowanie „zgłoszenie”. Nie wiadomo natomiast,

³⁰ A. Wierzbica, op.cit., s. 246.

jaka ma być forma tego zgłoszenia, ani też w jakim terminie przed objęciem stanowiska fakt ten należy zgłosić. Ustawa antykorupcyjna nie przesądza także o tym, na jaki czas następuje zgłoszenie do spółki – Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 czerwca 2007 r.³¹ stwierdził, że z art. 6 ust. 1 ustawy antykorupcyjnej nie wynika żadne czasowe lub kadencyjne ograniczenie skuteczności wyznaczenia reprezentanta. Zdaniem W.Gontarskiego taka konstrukcja art. 6 ustawy antykorupcyjnej stanowi podstawę do przyjęcia, że dopuszczalna jest każda forma zgłoszenia i to niekoniecznie pisemna³². Możliwość sprawowania przez wójta jednocześnie funkcji członka rady nadzorczej w gminnej spółce prawa handlowego, oczywiście przy posiadaniu równocześnie stosownych uprawnień do zasiadania w niej, bywa powszechnie krytykowana. Osobiście nie widzę w tym nic złego, aby wójt, który jest organem wykonawczym gminy, a w jednoosobowej spółce pełni funkcję zgromadzenia wspólników, mógł jeszcze mocniej zaangażować się w życie spółki i sprawować stały, bieżący nadzór nad spółką także poprzez członkostwo w radzie. To raczej nie jest kwestionowane. W debacie publicznej natomiast niejednokrotnie podkreślane jest, że w ten sposób wójtowie omijają przepisy o wynagradzaniu pracowników samorządowych dotyczące maksymalnego poziomu wynagrodzenia wójta, pobierając dodatkowe wynagrodzenie z tytułu zasiadania w radzie nadzorczej. Nie wyobrażam sobie jednak sytuacji, w której jedni członkowie rady nadzorczej za swoją pracę w radzie będą pobierać wynagrodzenie, a inni nie.

Ustawa antykorupcyjna zezwala, aby ta sama osoba została delegowana do nie więcej niż dwóch spółek prawa handlowego. Niezależnie od jej przepisów należy mieć na uwadze ponadto przepisy ustawy o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi, zwanej popularnie „ustawą kominową”³³. Zgodnie z art. 1 tejże ustawy, ustawa ma zastosowanie m.in. do jednoosobowych spółek prawa handlowego utworzonych przez jednostki samorządu terytorialnego oraz spółek prawa handlowego, w których udział jednostek samorządu terytorialnego przekracza 50% kapitału zakładowego lub 50% liczby akcji. Art. 4 ust. 1. ustawy kominowej stanowi, że jedna osoba może być członkiem

³¹ Wyrok SN z dnia 20 czerwca 2007 r., sygn. V CSK 129/07, LEX nr 347367.

³² A. Wierzbica, op.cit., s. 250-252.

³³ Dz.U. 2013, poz. 254, z późn.zm.

radę nadzorczą tylko w jeden spośród spółek. Uważam, że przepis ten jest przepisem szczególnym w stosunku do norm zawartych w ustawie antykorupcyjnej, wyłącza on na zasadzie *lex specialis derogat legi generali* możliwość zasiadania, np. przez wójta w dwóch radach nadzorczych. W piśmiennictwie dla usunięcia niespójności proponuje się również odwołanie do zasady *lex posteriori derogat priori*.

Pracowniczy urząd gminy (miasta) nie mogą być członkami rady nadzorczej w spółce komandytowo-akcyjnej, jeżeli komplementariuszem jest gmina, wynika to z art. 142 par. 3 k.s.h., który stanowi, że komplementariusz albo jego pracownik nie może być członkiem rady nadzorczej. Należy pamiętać, że w sytuacji gdy gmina zawiązuje spółkę komandytowo-akcyjną z partnerem prywatnym w celu realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, to na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym³⁴, gmina nie może być komplementariuszem.

Kolejnym ważnym przepisem, stanowiącym odstępstwo od przepisów kodeksu spółek handlowych³⁵, jest przepis art. 10a ust. 6 u.g.k. stanowiący, iż członków zarządu spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego powołuje i odwołuje rada nadzorcza. Nie ma znaczenia, jaki jest udział jednostki, tzn. czy dysponuje ona jednym udziałem (akcją) czy też całym pakietem (100% udziałów lub akcji). Umową lub statutem spółki nie można wprowadzić odmiennych rozwiązań, gdyż przepis ust. 6 ma charakter bezwzględnie obowiązującego (*ius cogens*), co potwierdził Sad Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 25 kwietnia 2007 r.^{36,37} Niezrozumiałe jednak jest powierzenie przez ustawodawcę kompetencji do ustalania wynagrodzenia miesięcznego prezesa spółki w spółkach, w których udział jednostki samorządu terytorialnego przekracza 50% kapitału zakładowego lub 50% liczby akcji, zgromadzeniu wspólników/walnemu zgromadzeniu akcjonariuszy. Powoduje to sytuację,

³⁴ Dz.U. 2009, Nr 19, poz. 100, z późn.zm.

³⁵ W przypadku przepisów ogólnych, zgodnie z art. 201 par. 4 k.s.h. członek zarządu spółki z o.o. powoływany i odwołany jest uchwałą wspólników, chyba, że umowa stanowi inaczej; w przypadku spółki akcyjnej, zgodnie z art. 368 par. 4 k.s.h. członków zarządu powołuje i odwołuje rada nadzorcza, chyba, że statut spółki stanowi inaczej.

³⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2007 r., sygn. VI ACa 1364/06, LEX nr 682871

³⁷ W. Gonet, op.cit., s. 87-88.

w której w przypadku jednoosobowej spółki, wynagrodzenie to ustali wójt w drodze zarządzenia. W przypadku pozostałych członków zarządu, ustawa kominowa już nie określa organu, który to wynagrodzenie ustali. Wykorzystując niejednoznaczne przepisy, wójtowie niejednokrotnie rościli więc sobie prawo do ustalania wynagrodzenia pozostałych członków zarządu również w drodze zarządzania. Osobiście stoję na stanowisku, że kwestia ustalania i przyznawania wynagrodzenia miesięcznego, zarówno dla prezesa, jak i pozostałych członków zarządu, powinna być kompetencją rady nadzorczej, której wyłączną kompetencją jest powoływanie i odwoływanie tych osób. Na uwagę zasługuję zawiła konstrukcja prawna, w której to z mocy przepisów ustawy kominowej organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego jedynie ustala wynagrodzenie miesięczne prezesa spółki komunalnej, przyznaje je natomiast – w ustalonej wysokości – rada nadzorcza. Przyznanie wynagrodzenia prezesowi spółki komunalnej przez radę nadzorczą, bez uprzedniego ustalenia tego wynagrodzenia przez organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. II PK 164/12, LEX nr 1388707, będzie z mocy art. 58 § 1 k.c. nieważne.

Przepisy art. 10a u.g.k., stanowiące odstępstwa w zakresie podstaw prawnych funkcjonowania rad nadzorczych od przepisów kodeksu spółek handlowych, stosuje się także do spółek zależnych od spółek komunalnych. Definicję legalną spółki dominującej określa art. 4 par. 1 pkt 4 k.s.h. O spółce dominującej mowa w przypadku, gdy:

1. dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
2. jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
3. jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo

- spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
4. członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub
 5. dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub
 6. wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7 k.s.h.

Wyjątek stanowią jedynie przepisy art. 10a ust. 4 i 5 u.g.k. (dot. powoływania członków rady nadzorczej spośród osób, które złożyły egzamin i ograniczeń zawartych w u.k.p.), które w przypadku spółek zależnych stosuje się do członków rady nadzorczej, reprezentujących w tej spółce spółkę z udziałem jednostki samorządu terytorialnego.

V. Konkluzje

Rada nadzorcza jest podstawowym ogniwem nadzoru korporacyjnego. Aby mógł on być sprawowany efektywnie, niezbędne są odpowiednie ramy instytucjonalne w spółce, które zapewnią przejrzysty i obiektywne reguły zarządzania przedsiębiorstwem. Efektywnemu nadzorowi zdecydowanie nie sprzyjają niejasne przepisy prawne. Rygor prawny dla spółek komunalnych jest szczególny, podlegać one będą zarówno przepisom Kodeksu spółek handlowych, jak i ustaw: ustrojowych samorządowych, o gospodarce komunalnej, prywatyzacji i komercjalizacji, tzw. ustaw antykorupcyjnej i kominowej, wewnętrznym regulacjom itd. Przepisy te niejednokrotnie wzajemnie się wykluczają, powodując problemy interpretacyjne, czego przykładem były chociaż wspomniane w pracy: wykluczające się przepisy ustawy antykorupcyjnej i kominowej czy przepisy dotyczące ustalania i przyznawania wynagrodzeń dla prezesa i pozostałych członków zarządu spółek. Nie do końca jasne wydaje się niewspomniane uprzednio w niniejszym artykule zagadnienie bezpośredniej kontroli działalności spółki przez radę gminy, będącą or-

ganem stanowiącym samorządu gminnego. Wśród ustawowych kompetencji rady gminy ustawodawca zastrzegł podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, a które to dotyczą m.in. tworzenia, likwidacji i reorganizacji przedsiębiorstw, zakładów i innych gminnych jednostek organizacyjnych oraz wyposażania ich w majątek, nadto określania zasad wnoszenia, cofania i zbywania udziałów i akcji przez wójta. Zgodnie z dominującym poglądem w orzecznictwie, wyrażonym w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 lipca 2011 r., sygn. II OSK 658/11, LEX nr 1083673, rada gminy jest uprawniona do podjęcia uchwały pozytywnie opiniującej rozwiązanie spółki (lub wyrażenia zgody na tę czynność) i powierzającej jej wykonanie organowi wykonawczemu i tym samym władczego przesądzenia o podjęciu przezeń działań, które bezpośrednio doprowadzą do rozwiązania tej spółki zgodnie z przepisami k.s.h. Z przepisów u.s.g. nie wynika natomiast, że mają to być uchwały, które wprost tworzą lub rozwiązują spółkę. Ustawodawca w ustawie o samorządzie gminnym wymiennie posługuje się pojęciem „gminnych osób prawnych” i „gminnych jednostek organizacyjnych”. Rada gminy z mocy ustawy o samorządzie gminnym kontroluje działalność wójta i gminnych jednostek organizacyjnych, w tym celu powołując komisję rewizyjną. Powstaje więc problem interpretacyjny, czy spółki komunalne są gminnymi jednostkami organizacyjnymi, a tym samym czy podlegają one bezpośredniej kontroli rady gminy. W piśmiennictwie podkreśla się, z czym się zgadzam, że nie ma podstaw normatywnych do uznawania, że komisja rewizyjna może w bezpośredni sposób kontrolować samą jednoosobową spółkę z wyłącznym udziałem gminy, może to czynić wyłącznie pośrednio – poprzez kontrolę wójta. W orzecznictwie znaleźć jednak można również wyrażone zdanie odmienne, w myśl którego „gminna osoba prawna” to gmina jednostka organizacyjna, która została utworzona przez gminę i ma nadany przymiot osobowości prawnej – tak w wyroku z dnia 8 stycznia 2009 r., sygn. II SA/Bd 878/08, LEX nr 484875, stwierdził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy. Patrząc na to zagadnienie tylko i wyłącznie ze względów celowościowych, nie wydaje się, moim zdaniem, zasadne dublowanie się kompetencji kontrolnych komisji rewizyjnej rady gminy z radą nadzorczą w spółce. Jednakże przykłady wątpliwości interpretacyjnych, które

przedstawione zostały powyżej, dowodzą, że w przypadku regulacji dotyczącej nadzoru korporacyjnego w spółkach komunalnych mamy do czynienia z bałaganem w przepisach, który wpływa na mniejszą efektywność tego nadzoru. Mniejszą efektywność, a co za tym idzie mniejszą konkurencyjność przedsiębiorstw.

Art. 10a u.g.k. regulujący w sposób odmienny do przepisów k.s.h. funkcjonowanie rad nadzorczych w spółkach komunalnych, został wprowadzony nowelizacją ustawy o gospodarce komunalnej z dnia 17 października 2003 r.³⁸ *Ratio legis* nowelizacji, zdaniem wnioskodawców projektu – Rady Ministrów, miało być zapewnienie fachowego nadzoru nad środkami publicznymi ulokowanymi przez jednostki samorządu terytorialnego w spółkach. W uzasadnieniu projektu ustawy można przeczytać, że dotychczasowa sytuacja (przed nowelizacją) wskazywała na nierówne traktowanie przez ustawodawcę mienia publicznego. Spółki z udziałem Skarbu Państwa posiadały bowiem fachowy nadzór w postaci rad nadzorczych złożonych z osób o wysokich kwalifikacjach potwierdzonych egzaminem państwowym, natomiast spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego były – co do zasady – takiego nadzoru pozbawione. Wprowadzenie obligatoryjności powoływania rad nadzorczych w spółkach z udziałem jednostek samorządu terytorialnego miało zagwarantować mieszkańcom j.s.t, że zarząd ich wspólnym majątkiem jest prowadzony zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki. Uważam, że ten krok ustawodawcy należy ocenić nad wyraz pozytywnie. Niewątpliwie był to krok mający na celu polepszenie jakości nadzoru właścicielskiego nad spółkami. Dla wielu spółek samorządowych nie była to nowość, bowiem dotychczasowe przepisy aktów założycielskich i statutów spółek przewidywały instytucję rady nadzorczej. Ustawowe określenie kadencji członków rad nadzorczych oraz wprowadzenie obowiązku potwierdzenia kwalifikacji egzaminem państwowym miało zapewnić radom nadzorczym niezależność i bezstronność³⁹. Należy jednak pamiętać, że decyzje organu wykonawczego gminy, tj. wójta (burmistrza, prezydenta miasta) dotyczące wskazania członków rady nadzorczej, podejmo-

³⁸ Dz.U. 2003, Nr 199, poz. 1937.

³⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o gospodarce komunalnej, druk nr 1776.

wane są jednoosobowo i nie muszą być w żaden sposób uargumentowane. Oznacza to brak konieczności merytorycznego uzasadnienia powodów decyzji kadrowej, a tym samym całkowitą swobodę w kształtowaniu składu rady nadzorczej. Mimo to uważam, że przepis art. 10a u.g.k. chroni jednakże przed pełną arbitralnością w kształtowaniu rady i skutecznie ogranicza przed sprawowaniem nadzoru nad spółką przez osoby niefachowe, pozbawione jakichkolwiek kwalifikacji. Należy przyznać, że nie ma idealnego systemu, który całkowicie wykluczyłby możliwość politycznego wpływania na skład rady nadzorczej. W debacie publicznej co kilka lat jak bumerang wraca pomysł powołania tzw. niezależnego komitetu nominacyjnego, który miałby w sposób przejrzysty i apolityczny dokonywać wyboru członków rad nadzorczych spółek Skarbu Państwa. System ten również jest niedoskonały, bowiem należy postawić sobie pytanie, jak chcemy uniezależnić wybór członków niezależnego komitetu nominacyjnego od wpływów politycznych. Tych rzeczy nie da się uniknąć. Przewidziane przez ustawodawcę wymogi co do kwalifikacji członków rad nadzorczych w spółkach komunalnych, moim zdaniem, stanowią niejednokrotnie wystarczającą zaporę przed upolitycznieniem rad; w przypadku mniejszych samorządów wielu samorządowców wręcz wskazuje, że ma problemy ze skompletowaniem składów rad.

The supervisory board of the municipal commercial company

Article is devoted to legal issues of the functioning of supervisory boards of municipal commercial companies, with particular emphasis on the differences in relation to the general provisions of the Commercial Companies Code. Based on the available literature and case law, analyzed the provisions of the Act on municipal services, the provisions of which provide primarily the mandatory appointment of the supervisory board of municipal companies. Much space is devoted to anti-corruption restrictions on members of the council.

Daria Wójcik*

Citizens' Patrols: Involving the Society in Community Crime Prevention

Nowadays there are many types of ensuring citizens' security at the local level. One of them are citizens' patrols. They can be named differently, and have differential powers, but always consist of the average citizens, and have the same goal, which is supporting local security services in protecting security and public order. The paper presents an idea of *community crime prevention* as a crime reduction tool, and one of its dimension, citizens' patrols. The presentation has an international perspective. There are presented American's patrols, where the idea of community crime prevention was born, and these are compared to the citizens' patrols existed in different European countries, including post-communist countries, such as Hungary and Poland.

1. Introduction

A traditional state criminal policy focused on the offenders, and had a repressive nature. Many measures were provided to regulate the consequences of committed crimes. If a state stays as a preventive, it acts by effecting on offenders, or by general prevention of criminal law. Since early 70's of the past decade, these rules were evolving, and in the world started to spread an idea of improving an effectiveness of criminal policy through prevention activities much more oriented on potential crimes'

* MA in law, Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, sociology student in the Institute of Sociology of the JU.

victims, and committed crimes' circumstances. But the possibilities of state's reacting on threats are significantly limited. Thus there may develop the individual activities, or expand an area and a scope of private security services' activity. Both of these phenomenon appears as not appropriate: the individual activities may lead to the negative consequences, while expanding an area and a scope of private security services' activity may build two-class society¹, or even create a belief of deepening social inequalities. This is why community crime prevention became an attractive method of improving local safety.

The paper aims to present briefly an idea of community crime prevention, and then discuss one of its tool which are the citizens' patrols. Though a goal of citizens' patrols everywhere is the same (supporting local security services in protecting citizens' security and public order), they may be more or less institutionalized, and this premises decided mainly on their tasks and powers. The presentation is based on an international perspective. There are presented American's patrols, where the idea of community crime prevention was born, and these are competed to the citizens' patrols existed in different European countries, including post-communist countries, such as Hungary and Poland.

2. Community Crime Prevention

The idea of community crime prevention can be characterized as the activities, which aim to combat crimes at the local level, and are connected with changes of the society condition, or physical living condition in the communities². At the beginning community crime prevention was characterized only by so-called the 'great three', which consist of³: neighborhood watch, signing items, and home security survey. The

¹ J. Obergfell-Fuchs, *O znaczeniu prywatnych firm ochrony osób mienia w Niemczech z uwzględnieniem aspektów integracji europejskich*, in: J. Czapska, H. Kury (red.), *Mit o represyjności albo o prewencji kryminalnej*, Kraków 2000, p. 282.

² T. Hope, *Community Crime Prevention*, Crime and Justice 1995, p. 21 and following.

³ D. Rosenbaum, *The Theory and Research behind Neighborhood Watch: Is it a Sound of Fear and Crime Reduction Strategy?*, Crime and Delinquency, 1987, No. 33, p. 104.

meaning of community crime prevention has been changed in time, and started including different programs and activities.

The basic goals of community crime prevention are quantitative and qualitative crime reduction, improving sense of citizens' security, improving life quality in community, and strengthen ties between residents. They are realized by organizing a following process: the organizations in the communities involve its members to participate in different crime prevention programs, a stronger sense of community and improved social interactions contribute to an informal social control. This community crime prevention is based on involving inhabitants to work together, and improving informal control.

The active community members reduce an opportunity of committing crime, and defer potential offenders by being visible, being read to taken the actions, braking passivity, and calling the police if it is necessary. In the community where informal control is strengthened, it is more difficult to commit a crime because of increased risk of offender detection. An organizing the neighborhoods to informal control should break a spiral, which is based on following elements: many crimes are committed because of informal control decaying in communities, and committed crimes are for its inhabitants means that nobody control the situation, what speed a process of disorganization.

Thus the main issue of the community crime prevention idea is a participation⁴. Participating in different programs and activities of crime prevention, beside contributing to society integration, causes also cooperating the society and local authorities in field of citizens' security. It is because communities do not act instead or against a state, but become a real partner of its institutions.

Other important element of community crime prevention is a social control⁵. A meaning of social control for community crime prevention illustrated J. Jacobs, who pointed out that firstly there should be understood a concept of public peace, which primarily is not ensured by the police, no matter how the police is needed; it is ensured by a knotty,

⁴ T. Hope, *Community...*, *passim*.

⁵ *Ibidem*.

complicated, and almost unconscious voluntary network of control, and the standards created and obeying by the society⁶.

Community crime prevention is a new victimization and situation approach⁷, according to crime prevention should be done by affecting on a crime victim instead of an offender, and reducing an opportunity of committing crime.

Community crime prevention means also improving live quality, where criminality is a one of many threats of its quality. The activities taken under crime prevention beside combating crimes, should also archive goals, such as general sense of citizens' satisfaction, and consolidate socially desirable behavior, which only protect against crimes.

3. An International Perspective of Citizens' Patrols

In the history of community crime prevention, beside neighborhood watch, a basic form of involving the citizens to community crime prevention were citizen's patrols. They are deliberate from two perspective, as: community crime prevention, and not allowed self-help ('vigilantism'). The paper concentrates on the first one.

At the beginning of the crime prevention phenomenon, in the USA the patrols were a typical activities of different behavior of citizens' involving in crime prevention. They have different compositions, goals, and a degree of institutionalization. According the available sources, in the mid-70's of the past decade the citizens' patrols consist mostly of volunteers, but here were also paid citizens, mixed patrols, and paid guards⁸, and they included citizens' patrols around the buildings, citizens' radio patrols, citizen's foot patrols across the city. Today's Americans' patrols do not play an important role. Neither now nor then the studies on their effectiveness did not prove their impact on crime reduction⁹.

⁶ J. Jacobs, *The Death and life of Great American Cities*, New York, pp. 31-32.

⁷ T. Hope, *Community...*, *passim*.

⁸ Cf. L. Sherman et al., *Preventing Crime: What works, What doesn't, What's promising*, Report to the United States Congress, Maryland, pp. 7-29.

⁹ *Ibidem*.

In the Europe the patrols with citizens' participation are more organized and institutionalized than the Americans'. There are citizens' patrols which aim is to secure own community (e.g. school patrols), or citizens' patrols which are paid by the community and local authorities. The members of the second one generally wearing the uniforms, get mobile phones or radios, and are obliged to pass a special training.

A quite specific form of citizens' patrol was accepted in Holland and Belgium, where unemployed citizens and these who uses a social assistance are employ by the local authorities to keep eye on the car-parks and public areas¹⁰.

In Holland the basic patrols' goals are petty crimes reduction, and citizens' sense of security improvement by being a visible in public areas (the guards are uniformed). The guards have the same powers as an average citizen. In case of any danger, they call the Police by using a radio. Anyway the police control their activity, and prepare a three week training for its future members. The citizens' patrols in Holland are funded mostly by the state (a ministry of justice and labor), communities, and dotation.

In Belgium are employed not only unemployed citizens but also students, and their work is paid by the state. Their goal is looking after the parked cars and bikes, they also provide prevention talks with the car drivers. Similar to the Holland guards, when something bad happens they cannot intervene, they can only call the police. And similar to the Holland guards, they wear uniforms in order to be more visible in public area.

In the Federal Republic of Germany citizens' patrols are differentiated regionally, and can be more or less institutionalized¹¹. The most institutionalized are the guards, which exists as an auxiliary police, they are called *Freiwilliger Polizeidienst*, and existed in Berlin, Hamburg, and the Baden-Wuerttemberg.

The *Freiwilliger Polizeidienst* in the Baden-Wuerttemberg was established in 1963. Its members have to be trained first (92 hrs.) to do their

¹⁰ J. Graham, T. Bennett, *Crime Prevention Strategies in Europe and North America*, Helsinki 1995, p. 77.

¹¹ H. Gross, B. Frevel, *Handbuch der Polizeiein Deutschland*, Wiesbaden 2008, pp. 53-54.

job. Its main task are: protecting objections, road traffic, patrolling. The members have the same powers which the police officers have, but a firearm can use only those, who has got property skills¹². Their uniform are similar to the police.

The members of the *Freiwilliger Polizeidienst* in Berlin, which was established in 1961, after fourteen-day training may do their job¹³. At the beginning it was mainly supporting the police during events including demonstrations, since 1992 they could also control traffic road, and patrol the roads. From this time they got also powers similar to the police officers', including using a gun.

Other activity provides the Hamburger *Freiwilliger Polizeidienst*, established in 1962. The citizens' can join to the guard in order to keep eye on the traffic road, and support the police in the special cases, such as natural disasters, explosions, and so on. They have the same powers as the police officers, beside right to use a firearm. They do not have to be trained to do their job.

The most controversial are citizens' guards in Bavaria, and Saxony, which are called the *Sicherheitswacht*. The Bavarian guards consist of the average citizens trained by the police. Their task are to cooperate with the community, and improve the sense of security of its members. They are equipped with mobile phones, shoulder bands, and they have more powers than an average citizens, such as checking ID cards, questioning to the witnesses, imposing to leave the public area, in specific situation they can also bring the person to the police station, and in case of opposition they can arrest the person. They are not allowed to use any coercive measures beside acting during self-defense, or state of necessity. The Bavarian guards cooperate closely with the police, and cannot patrol their own community to avoid a charge of spying their neighborhoods.

The Saxony guard has similar tasks to the Bavarian guard, these are patrolling public places on a weekday alone or with the police. They wear the vests with properly signed. They cannot intervene, but are obligated to call the police. They are allowed to ensure order during different events, protect objects, establish citizens' identity, order to leave an area, bring a person to the police station, and in certain cases use coercive

¹² *Ibidem* pp. 53-54.

¹³ *Ibidem*, pp. 108-110.

measure, such as physical strength. They cannot use any other coercive measures, such as baton or firearm. They can begin to do their work after sixty-hour training. It is because the main Saxony guard goal is to support the police, it is not an auxiliary police like outlined above guards in Berlin.

Similar activity to the Saxony guard has the guard in Brandenburg which is called the *Sicherheitspartner*¹⁴. The basic difference is connected with a membership. Firstly there is organized a gathering which consisted of all inhabitants, and is directed by a police officer. During such meeting a police officer together with the inhabitants considers a security condition in community, and also gives inhabitants advices, how to protect against different dangers. Then the gathering chooses the candidates for partners, which are later checked by the police, and in case of positive opinion, they are appointed by the commander of the city police to be a partner. The partners have not special powers, and are allowed to carry out their tasks only after finishing a two-week training. They are not armed, and are equipped only with mobile phone in order to communicate with the police. Besides patrolling, they also mediate conflicted community members, give advices in the field of traffic road, or protect property.

In Germany there are also much less institutionalized citizens' guards. For example in Dietzenbach nearby Frankfurt was established an association of 30 members, who patrols at night large housing estates (often with dogs). In other small city adult unarmed men organized patrols at night in order to protect different social categories (elderly people, woman), shops, and community property. In Jacobsdorf men with the batons wanted patrolling in order to protect a public order.

In the post-communist countries the attitudes towards citizens' patrol are different. In early 90's they become very popular in Hungary, and were institutionalized as an association, which was called the *Országos Polgárőr Szövetség*¹⁵. Its existence is based on general laws, the members have the same powers as an average citizen, and the basic tasks are following: patrolling community, calling the police about different dangers, protecting property and order, educating and informing about community

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ J. Vigh, *Crime and its prevention in Hungary*, Euro Criminology 1994, No. 7, *passim*.

crime prevention. A institutionalized model of citizens' patrol adopted in Hungary is quite similar to the Polish.

4. Citizens' Patrols in Poland

The citizens' patrols in Poland may exist in two different forms: informal, and then their task is an informal control of a neighborhood, and formal, when they closely cooperate with the security services, and are mostly established to keep eye on the park-cars. The second one, institutionalized guards may be established as an association, or on the basis of a municipal (city) council decision.

The rules of association state the Act on Associations from 7 April, 1989 (Journal of Laws 1989, No 79, item 855 as amended). The art. 45 of this act obligated to consultate with the Ministry of the Interior, a range of the association activity, which is directly related to protecting public order. An association activity is supervised by governor territorially competent for an association seat. The citizens' guards existed as an association are allowed to cooperate with the local authorities, law enforcement authorities, and security services. It seems that the most appreciate level of citizens' guards is a municipality.

According to the art. 7.1.14 of the Act on the Municipal Government (Journal of Law 1990, No. 16, item 95 as amendment) one of municipality 'own tasks' is met community needs in the field of public order and citizens' security. Similar to establishing the municipal (city) guards, the citizens' guards are established by a decision of the municipal (city) council. An establishing guards at the initiative of the local governance should be preceded by consultations with community (art. 5a).

For such established citizens' guards it is necessary to define the rules of cooperation with the law enforcement authorities, which are the local Police, and municipal guard. These rules are specified quite similar the acts of both security services. According to the art. 1.1.3. of the Act on the Police (Journal of Law 1990, No. 30, item 179 as amendment) one of the basic tasks of the Police is initiate and organize activities in order to prevent committing crimes and petty crimes, and in this field cooperate with the state and local authorities, and also with the social organizations. Whereas the art. 11.8 of the Act on the Municipal Guards (Journal of

Law 1997, No. 123, item 799 as amendment) states that one the municipal (city) guards' tasks is to inform the community about condition and kinds of threats in order to prevent committing crimes and petty crimes, and cooperate in the field with the state and local authorities, and also with the social organizations.

The citizens' guards activity is differential, including for example: keeping eye on communal building and property or communities members' property (cars parked on the car-parks), observing an incident place and also offender's mode of action and behavior, informing by mobile phones about committing or attempt to commit a crime, spreading among the community a property behavior in the field of citizens' security and public order, patrolling the community. This catalogue is defined by law, it is not closed, thus citizens' guards activity is each action, within the powers, taken in order to support security services in preventing crime or reacting on committed (petty) crimes.

The officers of citizens' guards have the same powers as an average citizen. In a field of liberty deprivation, officers cannot arrest anybody, but similar as an average citizen, are allowed to hold a person, who committed a (petty) crime. It can be done in two situations: red-handed, and chasing this person, because there is a danger that this person will hide or escape, or there is no possibility to establish an identity of this person. Holden person should be passed to the Police immediately. This powers is define in the art. 243 of the Code of Criminal Procedure (Journal of Law 1997, No. 89, item 555 as amendment). The only situations, when the officers can exceed their powers are a state of necessity, and self-defense.

The officers are allowed also to provide a temporary assistance the police, or and municipal guard officer, if citizens' officers consent in writing under the rules defined in the acts on the Police, and Municipal Guards. Such consent is not required is case of acting in state of self-defense or state of necessity, and also when saving lives or health, property, acting in case of disasters or natural disaster. Then oral agreement is enough.

The officers, similar to an average citizen, if learned of the offence prosecuted ex officio, has a social responsibility under the art. 304 of the Code of Penal Procedure, to call the prosecutor or the Police, and also

other authorities empowered to provide a preliminary proceedings, e.g. the Border Guard or other specified in the art. 312 of the Code of Penal Procedure.

The officers of citizens' guards are not equipped with a gun, and any other coercive measures, such as hand cuffs, batons, or guard dogs. They are allowed only to use mobiles phones or other communication means, which let them to call the Police or municipal guard. They can also use other helpful items, such as a bike or flashlight. The officers may have the elements of outfit (e.g. vest, cap), or badges, which let them easily to identify. Such visual identification may deter the potential offenders, and improving community members' sense of security.

4. Concluding Remarks

Beside many advantages of the idea of community crime prevention (outlined above in point 2.) and its tool which are citizen's patrols, a literature indicates that citizens' patrol or patrols with participation of citizens should be assessed negative for several reasons. These have been perfectly pointed out by J. Czapska in her study on citizens' security¹⁶.

First of all, she emphasises that a police officer patrolling area around is allowed not only to do his job well and properly react on a particular incident but also in the same time take care a citizens who accompanied him by patrol, who is still only a citizen and never will be prepared for policing as well as the police.

Secondly, she pointed out a possibility that patrols of auxiliary police, like the *Freiwilliges Polizei* in Germany, may be a risk for both patrolling and citizens. These second one can be bother by patrolling only because they do not correspond with their image of a 'normality', e.g. they have red head or earrings. This situation may create inadequate responses to the causes, what may in turn distract attention from the real threats.

The third charge is related to the powers of citizens' guards. Citizens' guards activity is based on general norms, without any special laws. Additionally its guards have the same powers as an average citizen, which

¹⁶ J. Czapska, *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*, Kraków 2004, pp. 135-136.

are: self-defense, state of necessity, and holding red-handed. The frequent use of this powers by an average citizens lead to its instrumentation, while they should be used exceptionally. In many advantages of citizens' patrol, there should be seen primarily that a citizens' patrol evolution may lead to declining trust to the state and its ability to complete assigned tasks in the field of security, and this in turn lead to a 'new vigilantism'¹⁷.

J. Czapska indicates that there should be strengthen trust between community and local police, and this trust should be built in other ways¹⁸. The society should be activated by creating citizenship in the field of security and local structures of citizenships. An alternative for citizens' patrol should be the activities taken in order to improve living conditions in the communities according the idea of community policing, with the principle rules of neighborhood watch, and also the activities taken in order to increase citizens' willingness to call the police in case of committed (petty) crimes.

¹⁷ *Ibidem*, p. 136.

¹⁸ *Ibidem*.

Małgorzata Stępień*

Granice rozszczepiania praw z akcji

W pierwszej części artykułu wyjaśniono pojęcie oraz istotę rozszczepiania praw z akcji. W drugiej i trzeciej części przedstawiono oraz dokonano analizy w sferze praw korporacyjnych skutków ustanowienia na akcjach ograniczonych prawo rzeczowych, tj. np. zastaw oraz użytkowanie. W czwartej części artykułu przedstawiono na przykładzie umowy dzierżawy uprawnienia podmiotu, który zawarł z akcjonariuszem umowę zobowiązującą, na podstawie której został on uprawniony do korzystania oraz pobierania pożytków z akcji. W piątej, ostatniej części, dokonano analizy uprawnień przysługujących wierzycielowi akcjonariusza w razie komorniczego zajęcia akcji w postępowaniu egzekucyjnym. Zwieńczeniem niniejszego artykułu jest próba udzielania odpowiedzi na pytanie jakie są granice rozszczepiania praw z akcji.

1. Wprowadzenie

Pojęcie „akcji” występuje w prawie spółek w trzech znaczeniach. Po pierwsze, słowo „akcja” stanowi ułamek kapitału zakładowego, wynikający z podziału rzeczzonego kapitału przez ilość akcji. Po drugie, „akcja” stanowi ogół uprawnień, które przysługują względem spółki akcjonariuszowi, a po trzecie jest dokumentem wystawionym przez spółkę, ucieleśniającym prawa akcjonariusza. W niniejszym opracowaniu słowo to rozumiane jest jako ogół uprawnień przysługujących akcjonariuszowi.

* Studentka II roku administracji (studia II stopnia), absolwentka prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Zgodnie z art. 337 k.s.h.¹ akcje są zbywalne, a jedynie statut może uzależnić przeniesienie akcji od zgody spółki, poprzez wymóg uzyskania zgody zarządu udzielanej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, lub też w inny sposób ograniczyć możliwość rozporządzania akcjami imiennymi, np. poprzez tzw. winkulację akcji. Pod pojęciem rozporządzenia akcjami kryje się jednak nie tylko ich sprzedaż, ale również zawarcie innej umowy obligacyjnej, jak i ustanowienie na nich ograniczonych praw rzeczowych, tj. np. zastawu lub użytkowania, na skutek czego powstaje konieczność odpowiedzi na pytanie nie tylko o dopuszczalność rozszczepiania praw z akcji, ale i ich granice.

Nadto akcja jako prawo majątkowe może podlegać zajęciu komorniczemu, co daje dodatkowy asumpt do rozważań, a także stawia konieczność odpowiedzi na pytanie o prawa przysługujące wierzycielowi akcjonariusza, który chce się zaspokoić z zajętych uprzednio papierów wartościowych wierzyciela. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie pozycji prawnej kontrahenta akcjonariusza, który zgodnie z umową stron został uprawniony do czerpania wszelkich korzyści z akcji jako papierów wartościowych, jak i próba wyznaczenia granic rozszczepienia praw z akcji. W pierwszej części artykułu zostanie wyjaśniona istota rozszczepienia praw z akcji. W drugiej i trzeciej części przedstawiono w sferze praw korporacyjnych skutki ustanowienia na akcjach ograniczonych praw rzeczowych, tj. odpowiednio: zastawu oraz użytkowania. W czwartej części przedstawiono uprawnienia podmiotu, który zawarł z akcjonariuszem umowę obligacyjną dzierżawy, na której podstawie został on uprawniony do korzystania oraz pobierania pożytków z akcji. W piątej, ostatniej części, zamieszczono analizę uprawnień wierzyciela akcjonariusza w postępowaniu egzekucyjnym. Zwieńczeniem niniejszego artykułu jest próba udzielania odpowiedzi na pytanie: jakie są granice rozszczepienia praw z akcji? Z uwagi na jednolite stanowisko doktryny i orzecznictwa w przedmiocie wykonywania przez osobę trzecią, tj. np. zastawnika czy też użytkownika, majątkowych praw z akcji, w artykule pominięto ww. zagadnienie.

¹ Ustawa z dn. 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, tekst jedn. Dz.U. 2013 r., poz. 1030 ze zm. zwanego dalej w skrócie k.s.h.

2. Pojęcie i istota rozszczępienia praw z akcji

Pojęcie rozszczępienia praw z akcji nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę. M. Gajek², dokonując analizy zwrotu „prawa z papierów wartościowych” na gruncie ustawy z dn. 22 marca 1991 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych³, jako pierwszy zwrócił uwagę na możliwość zbycia częściowych praw z papierów wartościowych, uzasadniając to brzemieniem art. 49 ówczesnej ustawy o publicznym obrocie. Podobnie niezwykle doniosłym momentem było zdefiniowanie przez ustawodawcę pojęcia „papier wartościowy” w ustawie z dn. 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi⁴, gdzie w art. 3 § 2 wyżej wymienionej ustawy wyraźnie wskazano, iż papierami wartościowymi są również zbywalne prawa majątkowe wynikające m.in. z akcji. W konsekwencji powyższego można było wyprowadzić wniosek, iż istnieje możliwość, aby dane prawa częściowe z poszczególnych papierów wartościowych przynależały do kilku podmiotów jednocześnie. Na gruncie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy⁵, dopuszczalność dokonywania niektórych rozporządzeń prawami udziałowymi budziła wątpliwości. Niemniej jednak pojęcie zbywalnych praw z papierów wartościowych odnoszone było do pojedynczych uprawnień o charakterze majątkowym, tj. np. prawa do dywidendy czy też prawa do udziału w masie likwidacyjnej, co w konsekwencji i tak prowadziło do rozszczępienia majątkowych praw z akcji. Obecnie obowiązująca ustawa idzie nieco dalej, regulując tym samym wiele dyskusyjnych uprzednio zagadnień, np. możliwość przyznania uprawnienia do głosowania zastawnikowi, co daje pole do dyskusji na temat granic rozszczępienia praw z akcji.

² M. Gajek, *Obrót prawami z papierów wartościowych*, Palestra 1994, 5-6, s. 31.

³ Ustawa z dn. 22 marca 1991 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych, Dz.U. 1991 nr 35 poz. 155.

⁴ Ustawa z dn. 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Dz.U. 1997 nr 118 poz. 754.

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, Dz.U. 1934 nr 57 poz. 502.

2. Zastaw a rozszczępienie praw z akcji

2.1. Pojęcie zastawu

Zgodnie z art. 306 k.c.⁶, zastaw zwykły jest ograniczonym prawem rzeczowym, którego celem jest zabezpieczenie wierzytelności. W konsekwencji obciążenia rzeczy ruchomej lub prawa zastawem, wierzyciel jest uprawniony do dochodzenia zaspokojenia z rzeczy lub prawa bez względu na to, czyją stała się własnością, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela rzeczy, z wyjątkiem tych, którym z mocy ustawy przysługuje pierwszeństwo zaspokojenia. Do ustanowienia zastawu na akcjach konieczna jest umowa zawarta między akcjonariuszem, a wierzycielem, jak również wydanie dokumentu akcji, gdy przedmiotem zastawu są akcje wydawane w formie dokumentu (art. 307 k.c.). Zgodnie z dyspozycją art. 330 k.c., zastawnik może wykonywać wszelkie czynności i dochodzić wszelkich praw, które zmierzają do zachowania prawa obciążonego zastawem.

2.2. Uprawnienia zastawnika związane z walnym zgromadzeniem akcjonariuszy

2.2.1. Akcje imienne

Stosownie do brzmienia art. 406 k.s.h., prawo uczestnictwa w walnym zgromadzeniu spółki niepublicznej przysługuje „uprawnionemu z akcji imiennych i świadectw tymczasowych oraz zastawcy”, jeżeli został on wpisany do księgi akcyjnej co najmniej tydzień przed odbyciem walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Wpis do księgi akcyjnej ustanowienia na akcji zastawu, jak również przyznania zastawnikowi prawa głosu z akcji, dokonywany jest na podstawie złożonego przez zastawnika wniosku (art. 341 k.s.h.). Z uczestnictwem w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy immanentnie związane jest jednak prawo głosu z akcji będących przedmiotem zastawu. Na podstawie art. 340 k.s.h., nieznanemu

⁶ Ustawa z dn. 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Tekst jedn. Dz.U. 2014 r. poz. 121 ze zm., zwanej dalej w skrócie k.c.

pod rządami rozporządzenia z 27 czerwca 1934 r. Kodeks handlowy, zastawnik może wykonywać prawa głosu z akcji imiennej i świadectwa tymczasowego, na której ustanowiono zastaw, pod warunkiem, że umowa zawarta pomiędzy zastawcą a zastawnikiem to przewiduje, a w księdze akcyjnej dokonano wzmianki o ustanowieniu zastawu oraz upoważnieniu do wykonywania prawa głosu. Na sporządzonej, zgodnie z wymogami art. 406 k.s.h., liście akcjonariuszy, na żądanie zastawnika umieszcza się wzmiankę o przyznaniu mu prawa głosu z akcji (art. 407 § 3 k.s.h.). Ustawodawca wprost zatem dopuścił możliwość uczestniczenia, jak i wykonywania przez zastawnika prawa głosu na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, o ile spełnione zostaną wymogi z art. 340 i 406 k.s.h. Należy jednak odpowiedzieć na pytanie, jakie inne prawa korporacyjne przysługują zastawnikowi akcji imiennych. „Problematyka ta wydaje się o tyle istotna, gdyż z jednej strony im bardziej znacznym wachlarzem praw będzie dysponował zastawnik, tym większy będzie jego wpływ na decyzje związane z funkcjonowaniem spółki akcyjnej”⁷. Brak jest natomiast regulacji nie tylko w przedmiocie możliwości wykonywania przez zastawnika akcji imiennych innych praw korporacyjnych, jak również regulacji odnośnie zakresu uprawnień zastawnika w razie ustanowienia zastawu na akcjach na okaziciela. Przede wszystkim należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy zastawnikowi przysługuje prawo do informacji oraz zadawania pytań na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy (art. 428 k.s.h.). „Pod pojęciem prawa do informacji o spółce akcyjnej należy rozumieć prawo do uzyskania od zarządu spółki wszelkich danych dotyczących spraw spółki, a więc np. jej sytuacji majątkowej, planów gospodarczych, zawartych oraz przewidywanych w przyszłości umów, prowadzonych procesów, powiązań kapitałowych, danych technicznych związanych z przedmiotem działalności spółki, a także danych o osobach pełniących funkcje w organach spółki (o menedżerach), w zakresie nienaruszającym praw osobistych”⁸. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 428 k.s.h., prawo do informacji przysługuje akcjonariuszowi spółki. Celem omawianej regulacji jest uzyskanie przez podmiot, któremu co do zasady nie przysługuje prawo indywidualnej kontroli spółki,

⁷ P. Sokal, *Zastaw zwykły i rejestrowy na akcjach*, Warszawa 2011, Lex nr 130533.

⁸ A. Szumański, w: S. Sołtysiński et al. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301-490*, Warszawa 2013.

informacji o stanie przedsiębiorstwa, a przeto niekiedy i powzięcie decyzji co do sposobu głosowania nad uchwałami przewidzianymi w porządku walnego zgromadzenia akcjonariuszy.

Nadto, zgodnie z art. 343 § 2 k.s.h., przepis § 1 art. 343 k.s.h. definiujący pojęcie akcjonariusza, stosuje się odpowiednio m.in. do zastawnika akcji. W konsekwencji należy zgodzić się z poglądem A. Szumańskiego⁹, który uważa, że prawo to przysługuje również zastawnikowi. Pozbawienie zastawnika ww. prawa czyniłoby iluzorycznym nie tylko jego prawo do głosowania nad uchwałami mającymi zapaść na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, ale również prawo do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, które w tym przypadku mogłoby przybrać wyłącznie bierną postać. Szumański¹⁰ słusznie uważa również, że prawo do informacji można wyprowadzić również na podstawie art. 2 k.s.h. w zw. art. 330 k.c. Zgodnie w ww. normą prawą, zastawnik ma bowiem prawo do wykonywania wszelkich czynności i dochodzenia wszelkich roszczeń zmierzających do zachowania prawa obciążonego zastawem. Nadto, na gruncie ustawy k.s.h. nie ma żadnych ograniczeń, aby odmówić zastawnikowi również prawa do przewodniczenia walnemu zgromadzeniu akcjonariuszy, jak również przeglądania księgi akcyjnej. W mojej ocenie, kierując się celem art. 330 k.c., należy uznać, iż zastawnikowi przysługuje również prawo do zwołania walnego zgromadzenia akcjonariuszy oraz umieszczenia określonych spraw w porządku obrad, o ile nie wykracza to poza czynności zachowawcze, o których mowa w art. 330 k.c. W konsekwencji zastawnik miałby prawo do zwołania nadzwyczajnego walnego zgromadzenia, w razie gdyby jego zwołanie oraz treść proponowanych uchwał miały na celu bezpośrednią lub pośrednią ochronę interesu zastawnika (np. zwołanie walnego zgromadzenia w celu podjęcia uchwały o dalszym istnieniu spółki w sytuacji wykazania straty, o której mowa w art. 397 k.s.h., w sytuacji niezwłocznego niezwołania przedmiotowego zgromadzenia przez zarząd).

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

2.2.2. Akcje na okaziciela

Zgodnie z treścią art. 406 § 2 k.s.h., akcje na okaziciela dają prawo uczestniczenia w walnym zgromadzeniu spółki niepublicznej, jeżeli dokumenty akcji zostaną złożone w spółce co najmniej na tydzień przed terminem zgromadzenia i nie będą odebrane przed jego ukończeniem. Zamiast dokumentu akcji, uprawniony może złożyć zaświadczenie wydane na dowód złożenia akcji u notariusza, w banku lub firmie inwestycyjnej mających siedzibę lub oddział na terytorium Unii Europejskiej lub państwa będącego stroną umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, wskazanych w ogłoszeniu o zwołaniu walnego zgromadzenia. W zaświadczeniu wskazuje się numery dokumentów akcji i stwierdza, że dokumenty akcji nie będą wydane przed zakończeniem walnego zgromadzenia. Pomimo przyznania zastawnikowi z akcji na okaziciela prawa do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, art. 340 k.s.h. regulujący wykonywanie prawa głosu, wspomina jedynie o zastawniku akcji imiennych i świadectw tymczasowych. Doktryna zaś jest w tym przedmiocie podzielona. M. Mataczyński¹¹ i W. Popiołek¹² prezentują stanowisko negujące przyznanie zastawnikowi akcji na okaziciela prawa do głosowania na walnym zgromadzeniu, jak i wykonywania jakichkolwiek praw udziałowych. W ocenie Popiołka, w sytuacji, gdy wydano zastawnikowi dokument akcji na okaziciela, jest on formalnie legitymowany do wykonywania uprawnień organizacyjnych na walnym zgromadzeniu. Nie przysługuje mu jednak *ex lege* legitymacja materialna (tj. prawo głosu). Dochodzi w tym miejscu do rozejścia się legitymacji formalnej przysługującej zastawnikowi, oraz legitymacji materialnej przysługującej akcjonariuszowi¹³. Podobnie M. Rodzynkiewicz¹⁴, który uważa, iż w razie ustanowienia zastawu na akcjach okazicielskich, akcjonariusz powinien zapewnić, aby zastawnik na jego każdorazowe żądanie złożył dokumenty akcji w imieniu akcjonariusza w spółce, tak aby umożliwić akcjonariuszowi udział w walnym zgromadzeniu.

¹¹ M. Mataczyński, w: S. Sołtysiński et al. (red), *Kodeks spółek handlowych. Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, wyd. 3, Warszawa 2013.

¹² W. Popiołek, *Akcja – prawo podmiotowe*, wyd. 1, Warszawa 2010.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 655.

Pogląd przeciwny reprezentują J. Frąckowiak¹⁵ i M. Bukaczewska¹⁶. J. Frąckowiak uważa, iż „zastaw akcji na okaziciela stwarza o wiele większe możliwości wykonywania prawa głosu przez zastawnika, gdyż akcjonariusz, który wydał mu dokument akcji (...) nie może udokumentować swojego prawa do udziału w walnym zgromadzeniu, a tym samym traci prawo głosu z akcji”¹⁷. Źródło wskazanego poglądu wynika z tzw. czynności zachowawczych, o których mowa w art. 330 k.c. Pogląd ten popiera Bukaczewska¹⁸, która uważa, że w przypadku braku unormowania omawianego zagadnienia w k.s.h., odpowiedź na pytanie dotyczące uprawnień korporacyjnych zastawnika akcji na okaziciela zawarta jest w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Kodeks cywilny. Zdaniem wskazanej powyżej autorki uprawnienia korporacyjne są immanentnie związane z prawami majątkowymi, w tym wartością akcji, która z kolei jest ważna dla zastawnika, którego głównym celem jest zabezpieczenie wierzytelności. W konsekwencji, pomimo braku regulacji wyżej wymienionego zagadnienia w ustawie k.s.h., wykonywanie przez zastawnika akcji na okaziciela powinno zostać objęte dyspozycją z art. 330 k.c. Niewątpliwie stanowisko przyznające zastawnikowi, na podstawie art. 422 k.s.h., legitymację do głosowania na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy całkowicie wykluczałoby zastosowanie art. 330 k.c., czyniąc tym samym zawartą w nim normę prawną iluzoryczną. W konsekwencji uważam za słuszne twierdzenia Frąckowiak i Bukaczewskiej, i zasadnym wydaje się przyznanie zastawnikowi akcji na okaziciela prawa głosu i uczestnictwa w walnym zgromadzeniu. Z uwagi na kapitałowy charakter spółki akcyjnej uzasadnionym wydaje się również przyznanie zastawnikowi akcji na okaziciela prawa do uzyskania na walnym zgromadzeniu informacji, o których mowa w art. 428 k.s.h. Odmowa przyznania zastawnikowi prawa do informacji unicestwiłaby jego prawo udziału w walnym zgromadzeniu, jak i prawo do głosowania nad uchwałami przewidywanymi na walnym zgromadzeniu. Niemniej jed-

¹⁵ J. Frąckowiak, w: J. Frąckowiak et al., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 681.

¹⁶ M. Bukaczewska, *Uprawnienia korporacyjne użytkownika i zastawnika z akcji*, PPH 8/2006, s. 8-16.

¹⁷ J. Frąckowiak, *op. cit.*, s. 550.

¹⁸ M. Bukaczewska, *op. cit.*, s. 13.

nak należy zauważyć, że zarząd może odmówić udzielenia takich informacji, jeżeli mogłoby to wyrządzić spółce szkodę, w szczególności poprzez ujawnienie jej tajemnic technicznych, handlowych lub organizacyjnych.

2.3. Uprawnienie zastawnika do zaskarżania uchwał

Zgodnie z brzmieniem art. 422 k.s.h., prawo do zaskarżania uchwał przysługuje, z zachowaniem warunków wskazanych w hipotezie normy prawnej omawianego artykułu, akcjonariuszom, zarządowi i radzie nadzorczej oraz poszczególnym członkom tych organów. Wykładnia funkcjonalna art. 422 k.s.h. stanowiąca niejako gwarancję ochrony praw akcjonariusza, którego interesy zostały naruszone na skutek powzięcia przez walne zgromadzenie akcjonariuszy uchwały, wskazuje, że ochrona ta powinna również zostać zapewniona zastawnikowi, który wykonuje prawo głosu na podstawie umowy zastawu na akcjach imiennych czy na okaziciela. Pomimo że podstawą wskazanego powyżej stanowiska jest wykładnia funkcjonalna art. 422 k.s.h., niemniej jednak zastawnik może również na podstawie art. 330 k.c. być uprawniony do zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Jak zostało wskazane powyżej, art. 330 k.c. jest źródłem przyznania zastawnikowi prawa do wykonywania wszelkich czynności, które zmierzają do zachowania prawa obciążonego zastawem. Na marginesie należy jednak zauważyć, że nigdzie nie zostały wymienione enumeratywnie uprawnienia, które należy zaliczyć do wyżej wymienionej grupy. Co więcej, według K. Zaradkiewicza dyspozycja ww. przepisu stanowi „samodzielną podstawę działań i czynności zachowawczych nawet wówczas, gdy ich dokonywanie nie byłoby możliwe w toku normalnego (zwykłego) wykonywania prawa zastawniczego z uwagi na fakt, iż nie mieszczą się w ramach »rządzenia« treści zastawu”¹⁹. W konsekwencji, na podstawie art. 330 k.c., zastawnikowi przysługiwałoby prawo do zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy, o ile treść podjętej uchwały miałaby na celu pokrzywdzenie zastawnika, a zostałyby spełnione przesłanki określone w

¹⁹ K. Zaradkiewicz, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. T. 1, Wyd. 7, Warszawa 2013.

art. 422 k.s.h. W konsekwencji uchwała, którą zaskarża zastawnik, musiałaby mieć na celu pokrzywdzenie zastawnika, zastawcy lub spółki, a jednocześnie była również sprzeczna ze statutem lub dobrymi obyczajami. O tym, czy zastawnikowi przysługuje prawo do zaskarżania uchwały, decydowałaby więc każdorazowo treść powziętej przez walne zgromadzenie akcjonariuszy uchwały. Co więcej, przyjęcie stanowiska pozbawiającego zastawnika prawa do zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia spółki doprowadziłby do tego, iż akcjonariusz nieobecny na walnym zgromadzeniu, który w umowie zastawniczej upoważnił do wykonywania prawa głosu zastawnika, zostałby całkowicie pozbawiony ochrony.

Biorąc pod uwagę powyższy argument, M. Rodzyńkiewicz słusznie przyjął, że prawo zaskarżenia uchwały w sytuacji, gdy „akcjonariusz był obecny na zgromadzeniu i po podjęciu uchwały, przeciwko której z jego akcji głosował zastawnik lub użytkownik, zgłosił sprzeciw (sprzeciw mogą też zgłosić akcjonariusz i użytkownik łącznie), zawsze przysługuje zastawnikowi”²⁰. Zdaniem Rodzyńkiewicza²¹ przyjęcie odmiennego stanowiska pozbawiałoby zastawnika i akcjonariusza prawa do sądu. Wskazane powyżej stanowisko uzasadnia wykładnia funkcjonalna omawianego przepisu. Podobnie twierdzą również M. Barczewska²² oraz K. Bilewska²³.

3. Zakres rozszczępienia praw z akcji przy użytkowaniu

3.1. Pojęcie użytkowania

„Użytkowanie jest ograniczonym prawem rzeczowym o najszerzej treści uprawnień”²⁴, na podstawie którego użytkownik jest uprawniony do używania rzeczy oraz pobierania z niej pożytków. Niemniej jednak

²⁰ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 656.

²¹ *Ibidem*, s. 657.

²² M. Barczewska, *op. cit.*, s. 14-15.

²³ K. Bilewska, *Tendencje w kształtowaniu się katalogu podmiotów uprawnionych do zaskarżania uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych*, PPH 9/2014, s. 50-54.

²⁴ B. Burian, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 6, Warszawa 2014 Legalis.

właściciel rzeczy obciążonej użytkowaniem oraz użytkownik w umowie ustanawiającej ww. ograniczone prawo rzeczowe mogą ograniczyć zakres użytkowania np. do pobierania oznaczonych pożytków. W konsekwencji, pomimo iż prawo użytkowania nadal obciążać będzie całą rzecz lub prawo, to użytkownik może być uprawniony jedynie do pobierania pożytków czy też korzystania z prawa lub obciążonej rzeczy wyłącznie zgodnie z zakresem określonym w umowie. Zgodnie z brzmieniem art. 252 k.c. oraz 265 k.c., przedmiotem użytkowania mogą być nie tylko rzeczy, ale i prawa, czyli między innymi akcje. A. Szumański²⁵, uważa, że w razie zaistnienia okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających zbycie akcji, użytkowanie stanowi niejako substytut przeniesienia własności akcji. Stanowisko to zasługuje na poparcie. „O ile celem gospodarczym ustanowienia zastawu na akcji jest danie przez akcjonariusza zabezpieczenia wierzycielowi (...) w związku z zaciągniętym zobowiązaniem (...), o tyle w przypadku użytkowania akcji chodzi o przekazanie osobie trzeciej możliwości wykonywania praw z akcji”²⁶. Do ustanowienia użytkowania na akcji, tj. prawie, stosuje się odpowiednio przepisy o użytkowaniu rzeczy, a do jego ustanowienia przepisy o przeniesieniu tego prawa. W konsekwencji, aby ustanowić użytkowanie na akcji imiennej, zgodnie z treścią art. 339 k.s.h., koniecznym jest zawarcie między akcjonariuszem a przyszłym użytkownikiem stosownej umowy, a następnie przeniesienia posiadania dokumentu akcji. Do ustanowienia użytkowania na akcji na okaziciela, zgodnie z dyspozycją art. 921¹² k.c. konieczne będzie z kolei wydanie dokumentu akcji.

3.2. Ustanowienie użytkowania na akcjach i uprawnienia użytkownika związane z walnym zgromadzeniem

3.2.1. Akcje imienne

²⁵ A. Szumański, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 913.

²⁶ *Ibidem*.

Podstawowym skutkiem ustanowienia użytkowania na akcjach jest przekazanie na rzecz użytkownika poszczególnych uprawnień do wykonywania praw udziałowych z akcji²⁷. Podobnie jak w przypadku zastawu na akcjach, ustawodawca w art. 406 k.s.h. przyznał użytkownikowi akcji imiennych i świadectw tymczasowych w spółce niepublicznej uprawnienie do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu, o ile zostanie on, co najmniej tydzień przed odbyciem walnego zgromadzenia, wpisany do księgi akcyjnej. Na podstawie art. 340 k.s.h., użytkownik, podobnie jak zastawnik, może również wykonywać prawo głosu z akcji imiennej lub świadectwa tymczasowego, na których ustanowiono użytkowanie. Aby użytkownik mógł wykonywać prawo głosu z akcji imiennej, umowa zawarta pomiędzy akcjonariuszem a użytkownikiem powinna jednak wskazywać, kto jest uprawnionym do wykonywania przedmiotowego prawa. Milczenie umowy we wskazanym powyżej zakresie należy odczytać jako „pozostawienie” prawa głosu przy akcjonariuszu. Nadto, aby użytkownik był uprawniony do wykonywania prawa głosu z akcji, w księdze akcyjnej powinno się dokonać wzmianki nie tylko o ustanowieniu przedmiotowego prawa, ale i o upoważnieniu użytkownika do wykonywania prawa głosu z akcji. „Niespełnienie choćby jednego ze wskazanych powyżej wymogów nie pozwala na wykonywanie przez (...) użytkownika prawa głosu z akcji objętych czynnością prawną ustanawiającą (...) prawo użytkowania”²⁸.

Z prawem do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, jak i prawem do głosowania na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy w spółce niepublicznej immanentnie związane są inne prawa korporacyjne, toteż również w przypadku użytkowania akcji, podobnie jak w razie ustanowienia zastawu na akcjach, pojawia się konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy użytkownikowi przysługuje prawo do wykonywania pozostałych praw korporacyjnych z akcji będących przedmiotem użytkowania. W doktrynie prezentowane są rozbieżne stanowiska.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. Bieniak, w: J. Bieniak et al. (red.), *Kodeks prawa spółek. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1109.

J. Bieniak²⁹ uważa, że użytkownikowi akcji nie przysługują inne uprawnienia korporacyjne. Stanowisko to uzasadnia wykładnią literalną art. 340 k.s.h. Odmienne stanowisko zajmują M. Mataczyński³⁰, R. Czerniawski³¹ oraz M. Bukaczewska³². Wskazani powyżej autorzy dopuszczają możliwość wykonywania przez użytkownika nie tylko prawa głosu, ale i innych praw korporacyjnych. Niemniej jednak uzasadnienie stanowisk prezentowanych przez wyżej wymienionych autorów jest zgoła odmienne.

Mataczyński uważa, że art. 340 k.s.h. stanowi wyjątek od zakazu rozszereżenia praw z akcji, a nieprzyznanie użytkownikowi praw korporacyjnych, pomimo możliwości wykonywania prawa głosu byłoby istotnym ograniczeniem jego uprawnień³³. W konsekwencji, jeżeli użytkownikowi przysługuje prawo głosu oraz prawo do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu, to podmiotowi takiemu należy przyznać również inne uprawnienia korporacyjne, tj. m.in. prawo do informacji czy uprawnienie do zwoływania walnego zgromadzenia. Mataczyński³⁴ zauważa także, że użytkownika, któremu zostało przyznane prawo głosu, nie dotyczą ograniczenia *stricte* związane z osobą akcjonariusza, tj. np. zakaz głosowania w sprawach osobowych, gdzie akcjonariusz jest jednocześnie członkiem zarządu.

Czerniawski uważa z kolei, że przyznanie użytkownikowi prawo głosu powoduje rozszerzenie uprawnień użytkownika na wykonywanie innych praw korporacyjnych, niezbędnych do jego wykonywania na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy³⁵. Niemniej jednak, zgodnie ze wskazaną powyżej koncepcją, użytkownikowi nie można przyznać już innych uprawnień, niezwiązanych z możliwością wykonywania prawa głosu, nawet w sytuacji, gdyby i one były również wykonywane w trakcie walnego zgromadzenia akcjonariuszy.

²⁹ J. Bieniak, w: J. Bieniak et al. (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014.

³⁰ M. Mataczyński, w: *op. cit.*

³¹ R. Czerniawski, *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej*, Warszawa 2004, s. 221 i 227, za: M. Bukaczewska, *op. cit.*, s. 10.

³² M. Bukaczewska, *op. cit.*, s. 8-12.

³³ M. Mataczyński, w: *op. cit.*

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ R. Czerniawski, *op. cit.*, s. 221 i 227.

Na aprobatę zasługuje stanowisko Bukaczewskiej, która twierdzi z kolei, że „spełnienie przez użytkownika przesłanek, od których zależy możliwość wykonywania prawa głosu (określonych w art. 340 § 1 k.s.h.) oraz prawa do uczestnictwa w walnym zgromadzeniu (art. 406 § 1 k.s.h.) przesądza o możliwości wykonywania przez niego wszystkich pozostałych praw korporacyjnych”³⁶. Zdaniem wskazanej powyżej autorki, art. 340 k.s.h. nie stanowi wyjątku od zakazu rozszczepienia praw z akcji, a w razie braku spełnienia warunków *stricte* określonych w analizowanej normie prawnej, stanowi zawężenie uprawnień użytkownika, tj. uprawnień wynikających z ograniczonych praw rzeczowych skutecznych *erga omnes*. Ponadto, jako że przepisy z zakresu prawa rzeczowego są bezwzględnie wiążące, nie można ich wyłączyć na podstawie umowy stron. Ponadto w ocenie Bukaczewskiej „zakaz rozszczepiania uprawnień korporacyjnych wyklucza postrzeganie art. 340 § 1 k.s.h. jako wyjątku od tego zakazu”³⁷, bowiem prawa ucieleśnione w akcji nie mogą stanowić przedmiotu samodzielnego obrotu, a przedmiotem użytkowania nie jest wiązka uprawnień akcjonariusza, ale akcja jako ogół uprawnień akcjonariusza. W konsekwencji, w razie ograniczenia zawartego w umowie użytkowania do np. pobierania przez użytkownika określonych pożytków czy wykonywania określonych praw, dojdzie do modyfikacji zakresu użytkowania, a nie rozszczepienia praw z akcji. Zdaniem Bukaczewskiej, użytkownik akcji imiennych „będzie mógł wykonywać uprawnienia korporacyjne z akcji, jeżeli przysługuje mu prawo wykonywania prawa głosu”³⁸.

³⁶ M. Bukaczewska, *op. cit.*, s. 10; M. Bukaczewska uważa, że użytkowanie obciąża całą akcją, a więc nie tylko uprawnienia majątkowe z akcji, ale i korporacyjne. W przypadku gdy użytkownik nie spełni określonych w art. 340 k.s.h. przesłanek zawężeniu ulega zakres wykonywania ograniczonego prawa rzeczowego, a nie zakres rozporządzenia akcją. Tym samym, w ocenie M. Barczewskiej art. 340 k.s.h. nie stanowi wyjątku od zakazu rozszczepiania praw korporacyjnych. Wynika to z faktu, że przepisy dotyczące ograniczonego prawa rzeczowego są bezwzględnie wiążące i nie można ich wyłączyć na podstawie umowy stron.

³⁷ *Ibidem*, s. 11.

³⁸ *Ibidem*.

3.2.2. Akcje na okaziciela

Zgodnie z art. 406 § 2 k.s.h., użytkownik akcji na okaziciela ma prawo uczestniczyć w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy niepublicznej spółki, o ile dokumenty akcji zostaną złożone w spółce co najmniej na tydzień przed terminem zgromadzenia i nie będą odebrane przed jego ukończeniem. Wskazane w pkt 2.2.2 powyżej poglądy dotyczące możliwości wykonywania przez zastawnika praw z akcji na okaziciela pozostają aktualne również w przypadku ustanowienia użytkownika na akcjach. Niemniej jednak warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko Bukaczewskiej, która uważa, że użytkownik akcji na okaziciela może „zawsze wykonywać wszelkie uprawnienia korporacyjne wynikające z akcji”³⁹, a więc jego pozycja jest *de facto* lepsza niż użytkownika akcji imiennych, który jest uprawniony do wykonywania uprawnień korporacyjnych. Bukaczewska wskazuje powyżej stanowisko uzasadnia wykładnią art. 337 k.s.h. Na podstawie art. 337 § 2 k.s.h., statut spółki akcyjnej może uzależnić rozporządzenie akcjami imiennymi m.in. od zgody spółki. Ograniczenia te dotyczą jednak wyłącznie akcji imiennych. Obrót akcjami na okaziciela jest z kolei obrotem masowym i znajduje się poza jakąkolwiek kontrolą spółki. Tym samym „skoro spółka nie jest wyposażona w żadne instrumenty mogące ograniczać rozporządzanie akcjami na okaziciela, w tym polegające również na ustanowieniu ograniczonych praw rzeczowych, to tym bardziej nie powinna ona decydować, kto może wykonywać uprawnienia korporacyjne z obciążonych akcji, a więc decydować o zakresie wykonywania ograniczonych praw rzeczowych”⁴⁰. Dla spółki, która w żaden sposób nie kontroluje zbywalności akcji na okaziciela, a więc tym samym *de facto* nie wie, kto w danym momencie jest akcjonariuszem spółki, pozostaje bez znaczenia, komu przysługują uprawnienia korporacyjne. Modyfikacje w umowie polegające na ograniczeniu wykonywania przez użytkownika praw korporacyjnych czy też praw majątkowych z akcji na okaziciela, zgodnie z ww. poglądem, nie będą stanowiły rozszczepienia praw z akcji, ale ewentualne ograniczenie zakresu użytkowania.

³⁹ *Ibidem*, 11.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 11.

3.3. Uprawnienie użytkownika do zaskarżania uchwał

W doktrynie prezentowane są rozbieżne poglądy w przedmiocie przyznania użytkownikowi prawa do zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy. R. Pabis uważa, iż wykładnia systemowa Kodeksu spółek handlowych nie pozwala przyjąć, iż użytkownikowi przysługuje prawo do zaskarżania uchwał⁴¹. W ocenie wskazanego powyżej autora, przemawia za tym również treść art. 422 k.s.h., w którym w enumeratywny sposób wymieniono podmioty posiadające legitymację czynną w tym zakresie. Możliwość zaskarżania przez użytkownika uchwał stanowi jednak czynność zachowawczą w rozumieniu art. 330 k.c., co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż użytkownik może być uprawniony do zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia, o ile zaskarżenie danej uchwały można uznać za tzw. czynność zachowawczą. „Pojęcie czynności zachowawczych obejmuje swoim zakresem zarówno czynności faktyczne, czynności prawne oraz czynności procesowe, których istotą jest zachowanie i ochrona prawa”⁴². Oznacza to w istocie, iż legitymacja czynna użytkownika będzie ograniczona do zaskarżania uchwał podjętych na szkodę akcjonariusza lub spółki. Co ważne, „legitymacja w ww. artykule posiada charakter autonomiczny w tym względzie, że posiada ją nawet ten zastawnik, któremu nie przyznano prawa głosu”⁴³. Z kolei Mataczyński uważa, że kwestię tę „powinna regulować przede wszystkim umowa pomiędzy akcjonariuszem a wierzycielem uprawnionym rzeczowo. W braku takiej umowy można bronić poglądu, że również prawo zaskarżania uchwał przysługuje podmiotowi, który wykonywał prawo głosu i zgłosił sprzeciw przeciwko uchwale”⁴⁴. Zasadnym wydaje się przyznanie użytkownikowi prawa do zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia, o ile głosował on przeciwko uchwale i został zaprotokołowany zgłoszony przez niego sprzeciw. Jak wskazano w pkt. 2.3. powyżej, w uwagach dotyczących prawa zastawnika do zaskarżania

⁴¹ R. Pabis, w: Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2014.

⁴² K. Padańska [w:] A. Kidyba, K.A. Dadańska, T.A. Filipiak, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Własność i inne prawa rzeczowe*. Lex nr 134966.

⁴³ R. Pabis [w:] *op.cit.*, Legalis.

⁴⁴ M. Mataczyński [w:] *op. cit.*, Legalis.

uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy, odmowa przyznania w tym wypadku zastawnikowi prawa do złożenia powództwa o stwierdzenie nieważności tudzież powództwa o uchylenie uchwały pozbawiałaby go możliwości obrony jego praw.

4. Zakres rozszczępienia praw z akcji a umowa dzierżawy

4.1. Dzierżawa a zastaw i użytkowanie

Dzierżawa jest stosunkiem zobowiązaniowym, na podstawie którego wydzierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy określoną rzecz do używania i pobierania z niej pożytków, a dzierżawca do zapłaty ustalonego w umowie czynszu. Jest to umowa konsensualna, wzajemna i odpłatna, której podstawową funkcją jest zapewnienie dzierżawcy możliwości czerpania pożytków z przedmiotu umowy, którym zgodnie z treścią art. 709 k.c., oprócz rzeczy, mogą być również prawa. Z samej istoty dzierżawy, w zw. z art. 54 k.c., wynika, że przedmiotem umowy „mogą to być tylko takie prawa, które zgodnie ze swoim społeczno-gospodarczym przeznaczeniem mogą przynosić dochody. Będą to niewątpliwie prawa majątkowe, a więc takie, (...) które powiązane są z określonym przedmiotem materialnym, zaś korzyści z nich mogą być wyrażone w pieniądzech”⁴⁵.

Z uwagi m.in. na różne, co najmniej trzy, znaczenia akcji, jak i brak ograniczenia form rozporządzania akcją, należy przyjąć, iż przedmiotem analizowanego stosunku obligacyjnego mogą być również prawa z papierów wartościowych, tj. m.in. z akcji. Pomimo pełnienia przez przedmiotową umowę podobnej funkcji gospodarczej, jak zastaw na akcjach czy też użytkowanie, umowa dzierżawy, jako umowa zobowiązująca nie jest skuteczna *erga omnes*, ale *inter partes*. Nadto, do umowy dzierżawy, pomimo odesłania z art. 694 k.c., nie ma zastosowania art. 690 k.c.⁴⁶, zgodnie z którym do ochrony praw najemcy stosuje się odpowiednio

⁴⁵ A. Lichorowicz, w: Janina Panowicz-Lipska (red), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Legalis 2015, s. 193.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 185.

przepisy o ochronie własności.

4.2. Uprawnienia dzierżawcy do wykonywania praw z akcji

W konsekwencji powyższych uwag oczywistym staje się, że zawarcie umowy dzierżawy nie będzie skuteczne wobec spółki, jak i innych osób trzecich. Dzierżawca nie będzie zatem legitymowany do wykonywania jakichkolwiek praw korporacyjnych w imieniu akcjonariusza. A. Szumański twierdzi, że w razie zawarcia umowy dzierżawy, na podstawie której wykonywanie praw z akcji będzie należeć do dzierżawcy akcji, dla skuteczności takich postanowień konieczne będzie dodatkowo udzielenie dzierżawcy przez akcjonariusza stosownego pełnomocnictwa⁴⁷. W konsekwencji powyższego, zawarcie umowy dzierżawy lub innej podobnej umowy zobowiązującej nie powoduje w ogóle rozszczępienia praw z akcji. Pełnomocnik działa bowiem w imieniu i na rzecz mocodawcy, zgodnie z zakresem jego umocowania. Należy jednak zauważyć, że ustanowienie dzierżawy akcji, w przeciwieństwie do ustanowienia użytkowania, nie wywołuje potrzeby przeniesienia przez akcjonariusza posiadania dokumentu akcji imiennej czy wydania dokumentu akcji na okaziciela. W praktyce, jak słusznie zauważa Szumański⁴⁸, w takiej sytuacji ryzyko prawne ustanowienia dzierżawy czy też innej umowy obligacyjnej, na podstawie której osoba trzecia byłaby uprawniona do czerpania pożytków z akcji, jest w tym przypadku mniejsze niż w przypadku ustanowienia użytkowania akcji. Wykonywanie przez akcjonariusza uprawnień korporacyjnych nie doznaje w tym przypadku żadnych ograniczeń, a ewentualne rozliczenia majątkowe z tytułu umowy dzierżawy akcji następują wyłącznie na podstawie stosunku prawnego łączącego akcjonariusza i dzierżawcę. Podobnie będzie w razie ustanowienia innej umowy zobowiązującej, na podstawie której osoba trzecia byłaby uprawniona do czerpania korzyści z papierów wartościowych, takich jak akcje.

⁴⁷ A. Szumański, w: A. Szumański (red.), *System prawa prywatnego Prawo papierów wartościowych*, Legalis 2006, s. 323.

⁴⁸ *Ibidem*.

4.3. Uprawnienie dzierżawcy do zaskarżania uchwał

Jak wskazano w pkt 4.2. powyżej, dzierżawca nie jest uprawniony do wykonywania we własnym imieniu praw korporacyjnych z akcji będącej przedmiotem dzierżawy. W konsekwencji, na podstawie art. 422 k.s.h., nie będzie mu przysługiwało prawo do zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Dzierżawca może posiadać uprawnienie do zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy jako pełnomocnik wydierżawiającego, który jest jednocześnie akcjonariuszem spółki. Nie chodzi w tym przypadku o pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 412 k.s.h, bowiem w tym wypadku pełnomocnictwo „stanowi postać przedstawicielstwa w rozumieniu art. 95 i następne k.c.”⁴⁹. Pełnomocnictwo z art. 412 k.s.h. nie jest tożsame z pełnomocnictwem uregulowanym w art. 98 i nast. k.c. W konsekwencji, aby dzierżawca mógł zaskarżyć uchwałę walnego zgromadzenia akcjonariuszy, akcjonariusz powinien udzielić dzierżawcy pełnomocnictwa w rozumieniu art. 98 k.c. Zasadnym wydaje się przyjęcie, że pełnomocnictwo ogólne nie będzie w tym wypadku wystarczające. Powinno to być co najmniej pełnomocnictwo rodzajowe lub pełnomocnictwo do poszczególnych czynności. W razie niedopuszczania pełnomocnika akcjonariusza do udziału w walnym zgromadzeniu, termin do zaskarżenia podjętych na nim uchwał biegnie od dnia otrzymania wiadomości o uchwałach przez akcjonariusza, bez względu na to, czy niedopuszczony do udziału w zgromadzeniu pełnomocnik pozostawał na sali obrad podczas głosowania”⁵⁰.

5. Komornicze zajęcie akcji a rozszczępienie praw

5.1. Zagadnienia ogólne

⁴⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 17 listopada 2011 r., III CZP 68/11, LEX nr 1049902.

⁵⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 6 lipca 2007 r. III CSK 26/07, LEX nr 326004.

Zgodnie z treścią art. 909 ustawy z dn. 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego⁵¹, przepisy o egzekucji z wierzytelności stosuje się odpowiednio do egzekucji z innych praw majątkowych, w tym do egzekucji z papierów wartościowych takich jak akcje. Na podstawie art. 910 i 911³ k.p.c., komornik zawiadamia o zajęciu dłużnika oraz spółkę prawa handlowego, w której dłużnik posiada udziały lub akcje. W zawiadomieniu komornik wskazuje, że dłużnikowi nie wolno rozporządzać, obciążać oraz pobierać jakichkolwiek świadczeń wynikających z zajętych praw (art. 910 § 1 pkt 1 k.p.c.). „Dokonanie tych czynności, wbrew przedmiotowym zakazom, prowadzi natomiast do ich bezskuteczności względem wierzyciela egzekwującego”.⁵² Stosownie zaś do brzmienia art. 910 § 1 pkt 2 w zw. z art. 911³ k.p.c., w zawiadomieniu skierowanym do spółki prawa handlowego, komornik informuje, że wszelkie wymagalne, a nie wypłacone jeszcze świadczenia pieniężne, powinna ona uiścić na rachunek bankowy komornika lub sądu (a nie akcjonariusza). Podobnie, zgodnie z normą prawną cytowanego powyżej artykułu, spółka powinna złożyć komornikowi oświadczenie zawierające informację, czy toczy się już egzekucja co do posiadanych przez dłużnika akcji, czy i w jakim sądzie toczy się lub toczyła sprawa o zajęte prawo, oraz o jakie roszczenie egzekucja została już uprzednio skierowana do zajętych akcji z wniosku innego wierzyciela. Wskazane powyżej zawiadomienie jest skuteczne zarówno względem spółki, jak i dłużnika od chwili ich doręczenia. Jednakże, jeżeli przedmiotowe zawiadomienie zostało doręczone dłużnikowi wcześniej, wówczas skutki zajęcia powstają wobec dłużnika z chwilą doręczenia mu zawiadomienia o zajęciu. Zgodnie z treścią art. 910² k.p.c., na mocy zajęcia wierzyciel może wykonywać wszelkie uprawnienia majątkowe dłużnika z zajętego prawa, które są niezbędne do zaspokojenia wierzyciela w drodze egzekucji, jak również może podejmować wszelkie działania niezbędne do zachowania ww. prawa.

⁵¹ Ustawa z dn. 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 101 ze zm., zwana dalej w skrócie jako k.p.c.

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2013 r., II CSK 150/13, LEX nr 1427393.

5.2. Zakres praw wierzyciela egzekucyjnego

Ustawodawca wprost przesądził, że wierzyciel jest uprawniony do wykonywania wszelkich praw majątkowych, o ile są one niezbędne albo do zaspokojenia wierzyciela, albo do zachowania ww. prawa. Wątpliwość nasuwa użycie przez ustawodawcę klauzuli generalnej, tj. zwrotu „praw koniecznych do zachowania prawa”. „W piśmiennictwie przyjmuje się, że przez czynności zachowawcze należy rozumieć wszelkie działania faktyczne i prawne podejmowane przez wierzyciela, w sytuacji, gdy zajęcie nastąpiło przez kilku wierzycieli lub zajęte prawo przysługuje nie tylko dłużnikowi, lecz także osobom trzecim”⁵³. Poglądy doktryny w omawianym zakresie są jednak rozbieżne, zwłaszcza w kwestii możliwości wykonywania przez wierzyciela praw osobistych akcjonariusza lub udziałowca. Użycie przez ustawodawcę klauzuli generalnej daje jednak asumpt do dodatkowych rozważań.

Przeciwko możliwości wykonywania przez wierzyciela uprawnień korporacyjnych opowiada się m.in. A. Michalski⁵⁴ oraz J. Jodłowski⁵⁵. Zdaniem Michalskiego przyznanie wierzycielowi legitymacji do wykonywania w spółce prawa handlowego praw korporacyjnych doprowadziłoby do sytuacji, gdy o pozycji prawnej pozostałych akcjonariuszy tudzież samej spółki decydował podmiot niebędący stroną stosunku korporacyjnego. Nadto, zdaniem wskazanego powyżej autora, nie istnieje realna możliwość pokrzywdzenia wierzyciela na skutek odmowy przyznania mu legitymacji czynnej do brania udziału w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, a w konsekwencji braku możliwości głosowania np. za podziałem dywidendy pomiędzy akcjonariat. Wskazana powyżej dywidenda spółki nigdy nie przekroczy bowiem wartości rynkowej akcji.

⁵³ M. Rośniak Marczuk, w: J. Jankowski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie egzekucyjne. Komentarz do art. 730-1088*, Warszawa 2013, Legalis, za: H. Pietrzkowski, w: T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, uwaga 2 do art. 910², s. 412 i n.

⁵⁴ A. Michalski, *Komornicze zajęcie akcji a wykonywanie uprawnień korporacyjnych*, PPH 2003, nr 3, s. 17.

⁵⁵ J. Jodłowski, *Egzekucja z udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Pałestra 1937, 8–9, s. 759.

Podgląd częściowo przeciwny dopuszczają m.in. R. Niski⁵⁶ lub P. Zdanikowski⁵⁷. Niski, przedstawiając skutki zajęcia udziału dłużnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością twierdzi, że granicę dopuszczalności rozszczępienia praw wyznacza osobowo-kapitałowy charakter spółki. Autor odmawia jednak przyznania wierzycielowi takich praw jak: żądanie rozwiązania spółki, wypowiedzenia umowy spółki, przeglądania księgi udziałów lub uczestniczenia w zgromadzeniu wspólników, głosowanie nad uchwałami, zaskarżanie uchwał, jak również prawo zwołania zgromadzenia wspólników. Z kolei Zdanikowski uważa, że „ze względu na cel egzekucji [z udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – M.S.] należy uznać, że wierzyciel z mocy zajęcia może wykonywać niektóre uprawnienia dłużnika, szczególnie chodzi o prawo głosu. Wykonywanie uprawnień majątkowych nie jest jednak nieskrępowane. Granicę rozszczępienia praw z akcji w przypadku zajęcia prawa wyznaczać mają tzw. czynności zachowawcze. Analizując powyższy zwrot, należy zauważyć, że art. 910² k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 887 k.p.c., którego hipoteza jest znacznie szersza od analizowanego artykułu. Zgodnie bowiem z art. 887 k.p.c., wierzyciel jest uprawniony do wykonywania wszelkich praw i roszczeń dłużnika. Jak słusznie zauważa Michalski⁵⁸, stosowanie art. 887 k.p.c. do prowadzenia egzekucji z akcji następuje w wyniku podwójnego odesłania. Dyspozycja art. 909 k.p.c. stanowi, iż „przepisy o egzekucji z wierzytelności stosuje się odpowiednio do egzekucji z innych praw majątkowych, jeżeli przepisy poniższe nie stanowią inaczej”. Z kolei zgodnie z art. 902 k.p.c., usytuowanym w rozdziale zatytułowanym „Egzekucja z innych wierzytelności”, do skutków zajęcia stosuje się odpowiednio art. 887 k.p.c. Wskazane powyżej odwołanie dało asumpt do wyrażenia w doktrynie poglądu dopuszczającego zastosowanie ww. przepisu do zajęcia praw z akcji. Autor ww. poglądu, A. Szajkowski uważa, że „art. 887 k.p.c. ma w pełni zastosowanie do zajętych praw z akcji, i to wszelkich praw i roszczeń”⁵⁹. Należy jednak

⁵⁶ R. Niski, *Zajęcie udziału dłużnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Przegląd sądowy 2002, 5, s. 98.

⁵⁷ P. Zdanikowski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2005 r.*, III CZP 57/05, *Palestra* 2006, nr 3-4, s. 291, LEX, teza 1 nr 51820.

⁵⁸ A. Michalski, *op.cit.*, s. 16.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 16, za: A. Szajkowski, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2000, s. 573.

zwrócić uwagę, że dyspozycja art. 909 k.p.c. wskazuje, iż przepisy o egzekucji z wierzytelności stosuje się, o ile przepisy dotyczące egzekucji z praw majątkowych nie stanowią inaczej. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że art. 910² k.p.c. ograniczający uprawnienia wierzyciela do wykonywania praw koniecznych do zachowania prawa z akcji stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 887 k.p.c., uniemożliwiając w konsekwencji jego zastosowanie do zajęcia praw udziałowych. Sąd Najwyższy już w 1935 r., przyjął, iż „przedmiotem egzekucji nie mogą być osobiste uprawnienia spółnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jak prawo do udziału i głosowania na zebraniach spółki”⁶⁰. Przedstawione powyżej stanowisko zostało podtrzymane m.in. w uchwale Sądu Najwyższego⁶¹ z dn. 14 września 2005 r. W ww. uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, iż wierzyciel, uzyskując z mocy zajęcia możliwość wykonywania także uprawnień do uczestniczenia w zgromadzeniu wspólników i głosowania nad uchwałami, mógłby znacząco ingerować w działalność spółki, a nawet zagrozić jej bytowi. Co prawda samo zajęcie udziałów podlega kontroli sądu w wyniku skargi na czynności komornika, jednak będące jego następstwem akty wykonywania przez wierzyciela tzw. uprawnień organizacyjnych nie podlegałyby specjalnej kontroli sądu. W rezultacie, wydaje się, że przyznanie wierzycielowi prawa do wykonywania tzw. uprawnień organizacyjnych mogłoby prowadzić nie tylko do znacznej dolegliwości dla dłużnika, ale i do niezrozumiałej dysproporcji pomiędzy ochroną przysługującą dłużnikowi w razie sprzedaży zajętych udziałów i w razie wykonania przez wierzyciela tzw. uprawnień organizacyjnych. Niemniej jednak orzecznictwo⁶² przyznaje wierzycielowi legitymację czynną do zaskarżania uchwał zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy, które mogą bezpośrednio lub pośrednio zagrozić możliwości zaspokojenia się przez wierzyciela z zajętego prawa udziałowego. Zarówno zaś w orzecznictwie, jak i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że zaskarżanie uchwał organów spółki jest uprawnieniem korporacyjnym ściśle związanym z osobą akcjonariusza,

⁶⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 lipca 1935 r., sygn. akt. II C 1364/35, LEX nr 4298.

⁶¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 14 września 2005 r., sygn. akt. III CZP 57/05, LEX nr 154270.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z 25 listopada 2011 r., sygn. akt. III CZP 64/11, LEX nr 1027883.

tudzież dłużnika. W ocenie Sądu Najwyższego dyspozycja art. 910² § 1 *in fine* k.p.c. poprzez użycie klauzuli generalnej rozszerza katalog podmiotów uprawnionych do wytoczenia powództwa o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwały (art. 250 k.s.h. i 422 k.s.h.), dopuszczając możliwość wytoczenia takiego powództwa przez wierzyciela. Dodatkowo, zdaniem Sądu Najwyższego, w świetle art. 910² k.p.c. nie ma znaczenia, czy negatywne skutki dla możliwości zaspokojenia się wierzyciela z zajętego prawa, będące następstwem podjęcia uchwały przez organ właścicielski spółki z o.o., wynikają bezpośrednio z treści uchwały, czy też mają jedynie charakter pośredni. „Zestawienie ze sobą ujmowanych przez art. 910² § 1 k.p.c. kompetencji wierzyciela do wykonywania uprawnień majątkowych dłużnika wynikających z zajętego prawa (art. 910² § 1 *in principio* k.p.c.) oraz kompetencji do podejmowania wszelkich działań niezbędnych do zachowania prawa (art. 910² § 1 *in fine* k.p.c.) co prawda wskazuje na zasadnicze różnice”⁶³, aczkolwiek uprawnienie wierzyciela do wykonywania praw majątkowych jest pochodną uprawnień współnika, a tzw. czynności zachowawcze są niezależne od zajętego prawa. W konsekwencji powstaje wyłom pomiędzy taksatywnie wyliczonymi podmiotami, którym służy prawo do zaskarżania uchwał, a art. 910 k.p.c. oraz w ww. zakresie rozszczepienie praw z akcji i udziałów.

6. Zakończenie

Jak twierdzi A. Szumański⁶⁴, przepisu art. 340 § 1 KSH nie można traktować „jako wyczerpującej regulacji praw przysługujących innej osobie uprawnionej z akcji niż akcjonariusz, w następstwie rozporządzenia prawami udziałowymi przez akcjonariusza (w tym ustanowienia zastawu i użytkowania) na rzecz osoby trzeciej. Jest to jedynie regulacja cząstkowa (...)”⁶⁵, a jej celem było uatrakcyjnienie występującej pod rządami Kodeksu handlowego instytucji zastawu czy użytkowania akcji. W konsekwencji należy przyznać zastawnikowi i użytkownikowi akcji imiennych i na okaziciela pozostałe niezbędne do wykonywania prawa

⁶³ Wyrok Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2013 r., II CSK 151/13, LEX nr 1433602.

⁶⁴ A. Szumański, *System...*, s. 300.

⁶⁵ *Ibidem*.

głosu z akcji prawa korporacyjne. Pozbawienie zastawnika lub użytkownika akcji wskazanych powyżej uprawnień spowodowałoby, że ich pozycja byłaby iluzoryczna, gdyby w umowie stron ustanawiającej ograniczone prawo rzeczowe przyznano im prawo głosu, a z drugiej strony zabroniono dostępu do informacji czy możliwości zaskarżania uchwał. Inaczej sytuacja przedstawia się w razie ustanowienia dzierżawy oraz komorniczego zajęcia akcji w postępowaniu egzekucyjnym. Dzierżawcy jako stronie stosunku zobowiązaniowego, skutecznego wyłącznie *inter pares*, bez wątpienia nie powinny przysługiwać jakiegokolwiek uprawnień korporacyjnych. W razie zaś zajęcia komorniczego, zakres przyznanych wierzycielowi uprawnień powinien ograniczać się wyłącznie do czynności zachowawczych, ocenianych każdorazowo w kontekście okoliczności towarzyszących działaniom podjętym przez wierzyciela.

Ze względu na trudną do określenia liczbę mogących zaistnieć stanów faktycznych, ciężko jednoznacznie wyznaczyć granicę rozszczepienia praw z akcji. Niemniej jednak, z jednej strony należy kierować się interesem wierzyciela lub posiadacza ograniczonego prawa rzeczowego. Z drugiej strony, należy wziąć pod uwagę interes spółki, a przede wszystkim rozmiar szkody, jaką może wyrządzić jej działanie podmiotu niebędącego stroną stosunku korporacyjnego w porównaniu do interesu tej osoby.

The limits of the fission of rights of shares

The first part of the article explains the essence of fission rights from shares. In the second and the third part are presented in the sphere of corporated rights on the shares of the effects of the establishment of a limited property right, alike pledge and lease. The fourth section describes the rights of the entity that has entered into a lease agreement with a shareholder on the basis of which it was entitled to use and derive profit from shares. The fifth and final part of the analysis of the creditor's right, describes the rights of creditors of the shareholder in the enforcement proceedings. The culmination of this article is an attempt to answer the question of what are the limits of fission rights from shares.

Jakub Grygutis*

Prawne aspekty ustalenia momentu wypłaty świadczeń z tytułu prawa do renty rodzinnej po osobie uznanej za zmarłą

Artykuł przedstawia skutki orzeczenia o uznaniu za zmarłego w prawie ubezpieczeń społecznych w kontekście nabycia przez osoby uprawnione prawa do renty rodzinnej. Głównym praktycznym problemem, jaki się wiąże z tą instytucją jest brak regulacji prawnej przewidującej możliwość uzyskania wypłat renty rodzinnej za okres poprzedzający złożenie wniosku o wypłatę świadczenia, kiedy w świetle fikcji prawnej jaką jest orzeczenie o uznaniu za zmarłego dana osoba jest uznana za nieżyjącego. Przyczyną tego stanu rzeczy jest istnienie przepisu, który umożliwia wypłatę świadczenia na dzień nie wcześniejszy niż dzień złożenia wniosku o wypłatę, zaś warunkiem koniecznym do skutecznego złożenia wniosku jest przedstawienie postanowienia o uznaniu za zmarłego. Według Sądu Najwyższego dopuszczalna jest wypłata za okres 3 lata wstecz w stosunku do daty złożenia wniosku, na podstawie przepisu o błędzie organu rentowego, co jest krytykowane w doktrynie. SN w wyniku dokonanej wykładni *contra legem*, starał się uzupełnić lukę prawną, która powinna być uzupełniona w drodze aktu ustawowego. W dalszej ukazane są wątpliwości konstytucyjne związane z naruszeniem konstytucyjnej zasady równości poprzez dokonanie pominięcia legislacyjnego, odwołując się do podobnej sprawy związanej z wypłatą zasiłku pogrzebowego. Na koniec zostały możliwe rozwiązania uregulowania tego problemu w ustawie, wskazując na 2 możliwe rozwiązania oraz ich zalety i wady.

* Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1. Wstęp

Każdego roku sądy powszechne w Polsce wydają ok. 1500 postanowień o uznaniu za zmarłego. Orzeczenie to ma skutki na wielu płaszczyznach prawnych, w tym na gruncie prawa ubezpieczeń społecznych. Celem artykułu jest przedstawienie konsekwencji uznania za zmarłego w kontekście prawa do renty rodzinnej, czyli świadczenia należnego w wypadku śmierci żywiciela rodziny. Tezy zawarte w moim opracowaniu zostały oparte na pogłębionej analizie orzecznictwa: Sądów Powszechnych, Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego. Na szczególną uwagę zasługuje problem zgodności przepisów regulujących prawo do renty rodzinnej z konstytucyjną zasadą równości.

2. Uznanie za zmarłego jako instytucja prawa cywilnego

Polski kodeks cywilny ustanowił instytucję uznania za zmarłego, która została uregulowana w art. 29-32 Kodeksu Cywilnego¹. Jej istota polega na przyjęciu domniemania prawnego, opartego na stwierdzeniu śmierci osoby zaginionej w drodze konstytutywnego orzeczenia sądowego, w formie postanowienia w postępowaniu nieprocesowym. Celem instytucji jest unormowanie sytuacji prawnej osoby zaginionej, co zwiększa pewność obrotu prawnego w którym, wcześniej osoba uznana za zmarłą uczestniczyła. Wspomniane orzeczenie ma stanowić podstawę do sporządzenia przez Kierownika Urzędu Stanu Cywilnego aktu zgonu, podobnemu celowi służy wydanie: postanowienia o stwierdzeniu zgonu albo karty zgonu. Postanowienie o uznaniu za zmarłego powoduje takie same skutki prawne jak naturalna śmierć, z czego wynika gwarancyjna oraz ochronna funkcja tej instytucji, kończącej stan niepewności w sferze stosunków prawnych. Na gruncie prawa cywilnego takie orzeczenie w szczególności: daje możliwości ponownego zawarcia małżeństwa, powoduje wygaśnięcie praw niemajątkowych osoby uznanej za zmarłą oraz powoduje otwarcie spadku po uznanym za zmarłego. Takie orzeczenie wywiera także skutki na gruncie innych gałęzi prawa na przykład prawa

¹ Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93.

karnego procesowego, w razie śmierci podejrzanego albo oskarżonego postępowania się nie wszczyna, a wszczęte umarza².

Postanowienie dotyczy przeszłości, co za tym idzie posiada skutek *ex tunc* i ma charakter konstytutywny, w przeciwieństwie do postanowienia o stwierdzeniu zgonu, które ma charakter deklaracyjny i wywiera skutek *ex nunc*.

Sąd wydając postanowienie musi stwierdzić zaistnienie dwóch przesłanek: zaginięcia danej osoby oraz upływu czasu od momentu, kiedy po raz ostatni, istniały informacje, że ta osoba żyje. Przez zaginięcie należy rozumieć sytuację, kiedy nie ma jasnych informacji, co do pozostawania przy życiu³. Zasadą jest, iż zaginiony może być uznany za zmarłego, jeżeli upłynęło lat dziesięć od końca roku kalendarzowego, w którym według istniejących wiadomości jeszcze żył. Dalsze przepisy przewidują modyfikację zasady, stanowiąc, że zaginiony, który w chwili uznawania za zmarłego ukończył siedemdziesiąty rok życia, może być uznany za zmarłego po upływie połowy tego okresu, czyli po pięciu latach. Drugim istotnym ograniczeniem stosowania tej instytucji jest zakaz uznania za zmarłego osoby zaginionej przed końcem roku, w którym ukończyłaby dwadzieścia trzy lata. We wszystkich wskazanych przypadkach sąd przyjmuje jako datę domniemanej śmierci dzień 31 grudnia roku, w którym zaginiony opuścił dom, chyba że byłyby podstawy do ustalenia innej daty prawdopodobnej śmierci. Po spełnieniu powyższych przesłanek sąd wydaje konstytutywne orzeczenie. Rygoryzm tej instytucji jest podyktowany, bardzo poważnymi konsekwencjami, jakie wiążą się z uznaniem i ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa prawnego zaginionemu, który w pewnym momencie odnalazłby się, a także innych uczestników obrotu cywilnoprawnego, których nie w każdym wypadku chroni dobra wiara. Ta instytucja wywiera także skutki prawne w prawie ubezpieczeń społecznych, które mogą mieć istotny wpływ na prawo do świadczeń osób trzecich, a tym samym być także obciążeniem dla budżetu państwa.

² Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555.

³ E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 73-75.

3. Ubezpieczenie społeczne na wypadek śmierci osoby bliskiej

Śmierć człowieka jest nie tylko ciężkim przeżyciem natury emocjonalnej, ale ponad to może trwale oddziaływać na sytuację materialną rodziny zmarłego, szczególnie wtedy, gdy osoba zaginiona posiadała udział w utrzymaniu rodziny. W celu zabezpieczenia „sytuacji bytowej” członków rodziny zmarłego, ustawodawca ustanowił instytucję renty rodzinnej, jako podstawowego typu ubezpieczenia społecznego na wypadek śmierci osoby bliskiej, będącej żywicielem rodziny. Jej istota została wyrażona we fragmencie uzasadnienia wyroku SN z dnia 20 stycznia 2000r. *„Renta rodzinna jest pochodnym świadczeniem z ubezpieczenia społecznego przysługującym z tytułu utraty żywiciela. Podstawową jej funkcją jest kompensata dochodów utraconych wskutek śmierci ubezpieczonego, uzyskiwanych przez niego i przeznaczanych na utrzymanie własne oraz rodziny. Prawo do renty rodzinnej wyłączone jest wówczas, gdy kosztami utrzymania członków rodziny zmarły nie byłby obciążony. Taka sytuacja zachodzi w przypadku przejęcia przez podmiot trzeci jednej z podstawowych funkcji rodziny - dostarczenia dzieciom środków utrzymania i wychowania”*⁴. Pogląd wyrażony przez sąd odnosi się tylko do kwestii materialno-technicznej jaką jest uzależnienie wysokości renty od wysokości świadczenia własnego. Taka regulacja ma zapobiegać przed możliwością wzbogacania się na śmierci osoby bliskiej. Należy podkreślić, że ryzykiem ubezpieczeniowym jest objęta jest śmierć żywiciela, a tym samym pozostawienie osoby uprawnionej bez środków do życia i wskazane ryzyko powinno wyznaczać cel pełnej regulacji⁵. W praktyce świadczenie to jest wypłacane najczęściej emerytom.

Świadczenie to mogą otrzymać tylko podmioty, wymienione w art. 67 u.e.r. w sposób enumeratywny, jego rozszerzenie może nastąpić jedynie w drodze zmiany ustawy⁶. Podmiotami uprawnionymi są: małżonek zmarłego ubezpieczonego (wdowa lub wdowiec) ma prawo do renty ro-

⁴ Uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 stycznia 2000 r., II UKN 321/99, OSNAPiUS 2001, nr 11, poz. 389.

⁵ K. Baran (red.), *Prawo Pracy i Ubezpieczeń Społecznych*, Warszawa 2013, s. 675.

⁶ Dz.U. 1998 nr 162 poz. 1118.

rodzinnej, jeżeli w chwili jego śmierci osiągnął wiek 50 lat lub był niezdolny do pracy albo wychowuje co najmniej jedno z dzieci, wnuków lub rodzeństwa uprawnione do renty rodzinnej po zmarłym małżonku, które nie osiągnęło 16 lat, a jeżeli kształci się w szkole – 18 lat życia, lub jeżeli sprawuje pieczę nad dzieckiem całkowicie niezdolnym do pracy oraz do samodzielnej egzystencji lub całkowicie niezdolnym do pracy, uprawnionym do renty rodzinnej. Prawo do renty rodzinnej nabywa także wdowa lub wdowiec, którzy osiągnęli wiek 50 lat lub stali się niezdolni do pracy po śmierci małżonka, nie później jednak niż w ciągu pięciu lat od jego śmierci lub od zaprzestania wychowywania wyżej wymienionych osób. Małżonkowie rozwiedzeni lub ci, który do dnia śmierci małżonka nie pozostawali z nim we wspólności małżeńskiej, mają prawo do renty rodzinnej, jeżeli spełniają wyżej opisane warunki, a ponadto w dniu śmierci małżonka mają prawo do alimentów z jego strony ustalone wyrokiem lub ugodą sądową⁷.

Wdowa lub wdowiec, którzy nie spełniają podanych warunków i nie mają niezbędnych źródeł utrzymania, mają prawo do okresowej renty rodzinnej przez okres jednego roku od chwili śmierci małżonka albo w okresie uczestniczenia w zorganizowanym szkoleniu mającym na celu uzyskanie kwalifikacji do wykonywania pracy zarobkowej, nie dłużej jednak niż przez dwa lata od chwili śmierci męża.

Rodzice mają prawo do renty rodzinnej, jeżeli ubezpieczony (emeryt lub rencista) bezpośrednio przed śmiercią przyczyniał się do ich utrzymania albo spełniają wymienione wyżej warunki, na jakich prawo do renty rodzinnej nabywa wdowa lub wdowiec.

Wysokość renty rodzinnej jest uzależniona od liczby osób uprawnionych do jej nabycia i wynosi:

- 1) dla jednej osoby uprawnionej – 85% świadczenia, które przysługiwałoby zmarłemu,
- 2) dla dwóch osób uprawnionych – 90% świadczenia, które przysługiwałoby zmarłemu,
- 3) dla trzech lub więcej osób uprawnionych – 95% świadczenia, które przysługiwałoby zmarłemu.

⁷ I. Jędrasik-Jankowska, *Pojęcia i konstrukcje prawne ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 2013, s. 271.

W wypadku, gdy uprawnionych jest co najmniej dwóch, renta rodzinna podlega podziałowi między nimi na równe części.

Do wypłaty świadczenia oprócz, wymienionych wyżej przesłanek materialno-prawnych, określających zakres podmiotowy i przedmiotowy prawa do świadczeń, konieczne jest spełnienie przesłanki formalno-prawnej, określonej w art. Art. 129 u. e. r.⁸ zgodnie z którym, świadczenia wypłaca się poczynając od dnia powstania prawa do tych świadczeń, nie wcześniej jednak niż od miesiąca, w którym zgłoszono wniosek lub wydano decyzję z urzędu. Wyjątek od tej zasady znalazł się w ustępie 2. wspomnianego przepisu: *„W razie zgłoszenia wniosku o rentę rodzinną w miesiącu przypadającym bezpośrednio po miesiącu, w którym nastąpiła śmierć ubezpieczonego, emeryta lub rencisty, rentę rodzinną wypłaca się od dnia śmierci, nie wcześniej jednak niż od dnia spełnienia warunków do renty przez uprawnionych członków rodziny”*. Przepis ten daje wyraz zasadzie wnioskowości. Ustawodawca rozróżnił sytuację w której, dana osoba spełniła warunki materialnoprawne nabycia prawa do świadczeń, od osoby, spełniającej warunki i która złożyła ponadto wniosek o wypłatę świadczenia. Wniosek jest podkreśleniem starannego działania (dbałości o własne interesy) przez uprawnionego, również jest wyrazem decydowania o spełnieniu własnych potrzeb bytowych. Wymóg ten występuje w każdym przypadku ubiegania się o świadczenia społeczne i od niego nie ma żadnego wyjątku poza wspomnianym w art. 129 ust.2 u.e.r.⁹. Jak trafnie zauważa Alina Wypych-Żywicka, czym innym jest nabycie prawa do renty rodzinnej, a czym innym realizacja tego prawa w postaci wypłaty świadczenia¹⁰.

4. Uznanie za zmarłego a prawo do świadczeń z tytułu renty rodzinnej

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie: *„Generalną zasadą prawa emerytalno-rentowego jest, że świadczenia wypłaca się na wniosek zainteresowanego, poczynając od dnia powstania prawa do emerytury lub renty, lecz nie wcześniej niż od miesiąca, w którym zgłoszono*

⁸ Dz.U. 1998 nr 162 poz. 1118.

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Alina Wypych Żywicka, *glosa do orzeczenia I UK 320/2006*, OSP nr 2008/1, s. 17.

*wniosek o świadczenie. Reguła powyższa wyklucza możliwość wstecznego wypłacania świadczeń, tj. za okres od daty nabycia prawa a przed złożeniem wniosku. Mimo więc, że nie budzi wątpliwości stanowisko, że prawo do świadczeń z ubezpieczenia społecznego powstaje z urzędu, a decyzja organu rentowego ma charakter deklaratoryjny, samo spełnienie się przesłanek warunkujących prawo do świadczenia in abstracto nie stanowi podstawy do wypłaty świadczenia. Podstawę taką – zgodnie z treścią art. 129 ust. 1 ustawy z 17 grudnia 1998r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych - stanowi wniosek o przyznanie świadczenia, a zatem ustawodawca przypisał decydującą rolę woli uprawnionego, który nawet jeżeli spełnia, który nawet jeżeli spełnia warunki nabycia prawa do świadczenia, nie musi z niego korzystać. Konsekwencją tego jest to, że dopiero złożenie wniosku o przyznanie świadczenia organ rentowy może ustalić prawo do świadczenia, a następnie rozpocząć wypłatę świadczenia”¹¹. W przypadku postanowienia o uznaniu za zmarłego występuje wspomniany obowiązek złożenia wniosku, jak w każdym innym stanie faktycznym aktualizując prawo ubiegania się o zapłatę z tytułu świadczenia społecznego. Jest to wyjątkowa sytuacja, z uwagi na niemożność prawną złożenia wniosku wcześniej niż w dniu, w którym postanowienie o uznaniu za zmarłego się uprawomocniło, tym samym w świetle literalnej wykładni przepisu mimo że postanowienie ma skutek *ex tunc* i powoduje skutki prawne od skutki prawne na gruncie prawa cywilnego od daty domniemanej śmierci wskazanej w postanowieniu, to na gruncie prawa ubezpieczeń społecznych z uprawnień przysługujących rodzinie można skorzystać dopiero na przyszłość. Oznacza to w praktyce, że wykładnia literalna pozbawia możliwości przyznania świadczenia za okres, w którym zaginiony był w świetle orzeczenia uznanym za zmarłego, co tym samym blokuje dochodzenie roszczeń z tego tytułu za maksymalnie 10 lat wstecz. Głównym problemem jest odpowiedź na pytanie: czy kształt instytucji uznania za zmarłego rzeczywiście uniemożliwia korzystanie z prawa do świadczeń, tym samym realizację samego celu ustawy?*

Wykładnia literalna doprowadza do wniosku, że moment w którym istnieje prawna możliwość złożenia wniosku jest dzień, w którym doszło

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 czerwca 2014 r., Sygn. akt III AUa 1056/13.

do nabycia prawa do renty rodzinnej. Zgodnie z art. 67 u.e.r.¹², rentę rodzinną nabywa się po osobie zmarłej, a nie po osobie zaginionej, tym samym najwcześniejszym momentem skutecznego złożenia wniosku jest moment uprawomocnienia się postanowienia o uznaniu za zmarłego lub postanowienia o stwierdzeniu zgonu lub moment śmierci danej osoby¹³. *Ratio legis* takiego unormowania jest zabezpieczenie interesu finansowy Skarbu Państwa przed możliwymi nieprawidłowościami związanymi z niepewną sytuacją prawną osoby zaginionej, w szczególności istnienia hipotecznej możliwości powrotu takiej osoby, co prowadziłoby do utraty racji bytu prawa do wskazanego świadczenia, tym samym obowiązek zwrotu nienależnie pobranego świadczenia. Pojawia się jednak pytanie, czy rzeczywiście ten cel jest spełniony, w sytuacji, gdy dana osoba rzeczywiście zaginęła i prawo do wypłaty świadczenia głównego, na przykład emerytury zostało zawieszone?

Konieczne jest zwrócenie uwagi, że na gruncie ustawy o ubezpieczeniu społecznym z 1933 r., występowała regulacja, który zrównywała w prawie do renty rodzinnej członków rodziny osoby zaginionej z prawami członków rodziny osoby zmarłej, pod warunkiem złożenia pod warunkiem złożenie potwierdzenia pod przysięgą wiadomości o osobie zaginionej, podanych wcześniej. Przypadek ten dotyczył sytuacji, gdy o osobie ubezpieczonej nie było żadnych wieści przez rok licząc od dnia zajścia okoliczności, czyniących jej śmierć prawdopodobną. Innym przykładem regulacji w której uznanie za zmarłego znalazło swoje miejsce jest ustawa emerytalna z 1998 r., w której to renta rodzinna przysługiwała członkom rodziny funkcjonariusza niektórych służb mundurowych (żołnierza zawodowego) zaginionemu w czasie pełnienia służby. Regulacja ta została uchylona wolą ustawodawcy w 2003 r. Kształt poprzedniej regulacji świadczy o tym, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z problemu natury praktycznej, jaki wynikał z braku regulacji szczególnej, w sytuacji zaginięcia osoby, tym samym przesądził o tym, że członkowie takich rodzin znajdując się w takiej sytuacji są objęci prawem do renty rodzinnej. Brak jest obecnie takich przepisów. Czy jest to luka aksjologiczna, wynikająca z negatywnej oceny przepisu, od którego nie ma wyjątku na wypadek orzeczenia o uznaniu za zmarłego? Biorąc

¹² Dz.U. 1998 nr 162 poz. 1118.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2006r. Sygn. I UK 320/2006.

pod uwagę przytoczony argument historyczny i założenie racjonalności polskiego ustawodawcy, zasadna się wydaje negatywna odpowiedź na to pytanie z uwagi na to, że ustawodawca, znając poprzednie doświadczenia, wiedział jakie skutki obowiązująca regulacja może spowodować, chociaż odmiennie rozstrzygnął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wspomnianego orzeczenia¹⁴.

W przypadku zastosowania ścisłej wykładni językowej art. 129 ust.1 u. e. r., w niektórych stanach faktycznych może dojść do faktycznego uniemożliwienia osobie uprawnionej dochodzenia roszczeń za okres, rozpoczynający się od momentu domniemanej śmierci osoby uprawnionej do momentu złożenia wniosku do organu rentowego. Pomimo primatu wykładni językowej nad innymi rodzajami wykładni w prawie ubezpieczeń społecznych, SN w swoim orzeczeniu wskazał na konieczność odstąpienia od wykładni gramatycznej, z uwagi na brak dostatecznego uregulowania problemu przez ustawodawcę, uznając że zasadniczym rodzajem wykładni w tym przypadku powinna być wykładnia celowościowa, tym samym uznał istnienie luki aksjologicznej. Ujmując to abstrakcyjnie, SN stwierdził, że zgodnie z zasadą *clara sunt interpretanda*, skoro wykładnia literalna umożliwia zaistnienie luki prawnej, to powinien poszukiwać rozwiązań przez zastosowanie wykładni systemowej lub teleologicznej.

Celem renty rodzinnej jest zaspokojenie podstawowych potrzeb najbliższych członków rodziny w wyniku utraty jednego z żywicieli rodziny. Główny argument przemawiający za kompensacyjnym charakterem świadczenia jest brzemienne art. 129 ust.2 u. e. r.¹⁵, zgodnie z którym: ustawodawca pozwala na wypłatę świadczenia za okres jednego miesiąca sprzed dnia złożenia wniosku, jednak nie wcześniej niż nastąpiła śmierć ubezpieczonego. Ustawodawca dał tym samym wyraz możliwości wypłaty świadczenia za okres miesiąca poprzedzającego moment złożenia wniosku, co jest spowodowane wystąpieniem rzeczywistego ryzyka pozostawania przez członka rodziny- osobę uprawnioną bez środków do życia.

W dochodzenia wypłaty świadczeń przez członka rodziny osoby uznanej za zmarłą możliwość złożenia wniosku po uprawomocnieniu się

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Dz.U. 1998 nr 162 poz. 1118.

postanowienia sądu jest przyczyną prawną stojącą na przeszkodzie uzyskania świadczenia za okres wcześniejszy niż od momentu złożenia wniosku, tym samym niezależną od woli osoby uprawnionej i nie wynikającą z jej niestaranego działania. Sąd Najwyższy, w swoim orzeczeniu w celu zapalenia luki prawnej. Warto podkreślić, że jest to typowa luka *extra legem*, czyli w konkretnym stanie faktycznym istniejące przepisy nie mogą mieć zastosowania, z uwagi na specyfikę danego konkretnego problemu. Ponadto, należy podkreślić, że nie to zmienia faktu, że luka ma charakter tylko aksjologiczny, gdyż norma zawarta w art. 129 w sposób zupełny regulowała sytuację prawną członka rodziny, osoby uznanej za zmarłą. Z uwagi na zaistnienie wskazanej luki, SN uznał, że konieczne jest dokonanie wykładni rozszerzającej art. 133 ust.1 zd. 2 u. e. r.¹⁶, przepis ten mówi jednak, o zawinionym przez organ błędnym niewypłaceniu lub zaniżeniu wysokości świadczeń, a w tym przypadku nie występuje „błąd organu” tylko pominięcie ustawodawcze. Mimo, braku spełnienia hipotezy wspomnianego przepisu, SN stwierdził, że każde niewypłacone świadczenie w całości lub w części, co do którego spełnione były przesłanki, powoduje obowiązek jego wypłaty za 3 lata wstecz. Teza ta została oceniona krytycznie w głosie Aliny Wypych-Żywickiej¹⁷. Autorka, argumentowała, że wykładnia SN jest bowiem jest dalece rozszerzająca i nie przekonujące jest dla niej sposób usprawiedliwiania nietypowymi okolicznościami przyznania świadczenia, kiedy przepis wprost precyzuje moment jego wypłaty oraz nie istnieje w systemie prawa ubezpieczeń społecznych klauzula generalna, pozwalająca na modyfikację niektórych przepisów, które mogą rażąco wkraczać w prawa uprawnionych. W mojej opinii wykładnia prowadzi do skutku *contra legem*, gdyż rozszerza hipotezę art. 133 ust. 1 zd. 2 nie tylko o błędy samego organu, ale błędy innych podmiotów w szczególności: władzy ustawodawczej oraz władzy sądowniczej. Pomimo, że jest to wykładnia na korzyść ubezpieczonego należy ocenić ją krytycznie z uwagi na to, że można się w niej doszukać zastępowania prawodawcy przez władzę sądowniczą, co stoi w sprzeczności z zasadą podziału władzy i zasadą demokratycznego państwa prawa.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Alina Wypych Żywicka, *glosa do orzeczenia I UK 320/2006*, OSP nr 2008/1, s. 19.

Kolejnym argumentem przemawiając przeciw takiej wykładni jest naruszenie zasady formalizmu normatywnego. Zgodnie z którą prawo ubezpieczeń społecznych stanowi *lex strictum*¹⁸, z zasady tej wynika nakaz stosowania wykładni językowej i założenie że, system prawa ubezpieczeń społecznych ma charakter zupełny. Nie można dokonywać wykładni daleko odbiegającej od literalnego brzmienia przepisu, tylko dlatego że art. 5 KC nie ma zastosowania na gruncie prawa ubezpieczeń społecznych przez co sądy nie mają swobody orzekania w sytuacjach nietypowych, gdzie znajduje się moralne uzasadnienie odstąpienia od stosowania danego przepisu.

5. Problem zgodności regulacji z konstytucyjną zasadą równości

Wyrok SN częściowo uzupełnił lukę prawną jaka znalazła się w ustawie systemowej. Zastosowania art. 133 ust. 1 zd. 2 u. e. r. pozwala na uzyskanie wypłaty świadczenia za okres poprzedzający złożenie wniosku do lat 3, uznać za zmarłą można osobę zaginioną po upływie 10 lat od końca roku kalendarzowego, w którym jeszcze żyła, co jest ogólna zasadą. W przypadku, gdy rzeczywiście doszło do uznania zaginionego za zmarłego po 10 latach, uprawnieni mogą domagać się tylko 30% tego co uzyskaliby, gdyby w roku domniemanej śmierci został sporządzony akt zgonu a nie po 10 latach postanowienie o uznaniu za zmarłego. Ten stan prawny prowadzi tylko do częściowej kompensaty „utraconych wypłat”. Na dodatek, możliwość ta nie wynika wprost z ustawy.

Warto przywołać orzeczenie, w którym Trybunał Konstytucyjny¹⁹, którego przedmiotem kontroli było brzemienne art. 81 ustawy o emeryturach i rentach z FUS²⁰, przepis ten ograniczał możliwość złożenia wniosku o wypłatę zasiłku pogrzebowego do okresu 12 miesięcy liczonego od dnia śmierci osoby, po której przysługuje prawo do zasiłku. Termin ten miał charakter prekluzyjny i nie było żadnych wyjątków od

¹⁸ K. Baran, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2013, s. 606.

¹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2010 r., sygn. P 25/09.

²⁰ Dz.U.2004.39.353 Art. 81. Prawo do zasiłku pogrzebowego wygasa w razie niezgłoszenia wniosku o jego przyznanie w okresie 12 miesięcy od dnia śmierci osoby, po której zasiłek przysługuje. Brzmienie na dzień 2004.03.11.

ogólnej zasady. Taka forma uregulowania sprawiała wiele problemów praktycznych związanych z odnalezieniem zwłok później niż rok od momentu śmierci, uznania za zmarłego czy późniejszego zidentyfikowania zwłok. Trybunał kontrolował zgodność wspomnianego przepisu między innymi, z art. 32 ust. 1 Konstytucji i uznał, że taki sposób sformułowania przepisu jest naruszeniem zasady równości.

Zasada równości odnosi się zarówno do sfery stosowania prawa, jak również do sfery tworzenia prawa, ta druga jest tzw. równością w prawie²¹, do niej właśnie odnosi się to orzeczenie. Zgodnie z zasadą równości formalnej, wynikającą z art. 32 ust. 1 Konstytucji: wszystkie adresaci norm prawnych charakteryzujące się daną cechą istotną (relevantną) w równy stopniu mają być traktowane równo, według tej samej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących jak i faworyzujących. Konieczne jest podkreślenie, że możliwość złożenia wniosku ma charakter niezależny od woli uprawnionego, tym samym można się doszukiwać mimo posiadania wspólnej istotnej cechy jaką jest nabycie prawa do renty rodzinnej przez spełnienie przesłanek ustawowych, dochodzi do nieuzasadnionego różnicowania sytuacji prawnej. W tym przypadku osoby którym przysługuje prawo do renty rodzinnej, których śmierć została stwierdzona zaraz po nastąpieniu zgonu są w lepszej sytuacji prawnej od osób, którym jako uprawnionym prawo przysługuje teoretycznie od momentu śmierci, a praktycznie od momentu złożenia wniosku z załączonym postanowieniem o uznaniu za zmarłego. Jeszcze w latach 90-dziesiątych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ukształtował się pogląd, że w razie stworzenia regulacji częściowej o niepełnym charakterze, możliwe jest zakwestionowanie jej zakresu, w szczególności rozważenia jej na tle zasady równości²². W kompetencji Trybunału Konstytucyjnego jest zatem ocena konstytucyjności również pod tym względem, czy w przepisach nie brakuje unormowań, bez których, w związku z naturą objętej aktem regulacji, może ona budzić wątpliwości konstytucyjne. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął²³.

²¹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2014, s. 95.

²² Wyrok TK z 22 lipca 2008 r., sygn. K 24/07, OTK ZU nr 6/A/2008 r., poz. 110.

²³ Wyrok TK z dnia 28 października 2010. Sygn. P 25/09.

We wspomnianej sprawie, której przedmiotem kontroli było brzmienie art. 81 ustawy o świadczeniach z FUS, rozwiązanie przyjęte w tym przepisie zostało uznane za niezgodne z konstytucją. Uznanie dotyczyło uniemożliwienia osobom, których członkowie rodziny zostali znalezieni po upływie terminu uprawniającego do otrzymania świadczenia z tytułu renty rodzinnej. Termin ten był bowiem liczony od dnia śmierci, a nie obiektywnego ustalenia zaistnienia faktu śmierci danej osoby, co pozostawało poza możliwościami osób uprawnionych, w sytuacjach zaginięcia takich osób, stąd brzmienie przepisu zamykało drogę do otrzymania świadczenia²⁴. Przykładem takiej sytuacji może być znalezienie zatopionego ciała osoby bliskiej w jeziorze po 5 latach od jej zaginięcia. Obecnie przepis ten został uzupełniony o wskazane w wyroku TK okoliczności²⁵, w których uwzględnił, stanowisko Trybunału Konstytucyjnego.

W przypadku osób uprawnionych do renty rodzinnej, sytuacja jest wręcz identyczna, stąd niezasadne wydaje się różnicowanie sytuacji prawnej osób uprawnionych po zmarłym, których śmierć nie budziła wątpliwości i osób uprawnionych, po zaginionych, którzy zostali uznani za zmarłą. Brakują cechy relewantnej, bowiem obie grupy osób są w tej samej sytuacji faktycznej, brak żywiciela rodziny i tym samym środków do utrzymania się. Stąd należy uznać, że brak przepisu szczególnego może budzić wątpliwości konstytucyjne.

²⁴ Brzmienie z dnia 11.03.2004r.: Art. 81. Prawo do zasiłku pogrzebowego wygasa w razie niezgłoszenia wniosku o jego przyznanie w okresie 12 miesięcy od dnia śmierci osoby, po której zasiłek przysługuje.

²⁵ Brzmienie obowiązujące z dnia 04.12. 2013r., uzupełnione o nietypowe okoliczności po wydaniu orzeczenia TK: Art. 81. 1. Prawo do zasiłku pogrzebowego wygasa w razie niezgłoszenia wniosku o jego przyznanie w okresie 12 miesięcy od dnia śmierci osoby, po której zasiłek przysługuje. 2. Jeżeli zgłoszenie wniosku o zasiłek pogrzebowy w terminie określonym w ust. 1 było niemożliwe z powodu późniejszego odnalezienia zwłok lub zidentyfikowania osoby zmarłej albo z innych przyczyn całkowicie niezależnych od osoby uprawnionej, prawo do zasiłku pogrzebowego wygasa po upływie 12 miesięcy od dnia pogrzebu. 3. Dokumentem potwierdzającym okoliczności lub przyczyny, o których mowa w ust. 2, jest zaświadczenie Policji lub prokuratury, odpis zupełny aktu zgonu lub inny dokument urzędowy potwierdzający zaistnienie okoliczności lub przyczyn uniemożliwiających zgłoszenie wniosku.

6. Postulaty *de lege ferenda*

Jak było zasygnalizowane istnieje problem zaniechanie legislacyjnego, które jest naprawiane orzecznictwem Sądu Najwyższego, zamiast aktem ustawodawczym. Stosowanie regulacji ogólnych do wyjątku od ogólnej zasady stwierdzania śmierci w drodze aktu zgonu jest krokiem, który nigdy nie doprowadzi do zamierzonego rezultatu zabezpieczenia potrzeb osób uprawnionych, z uwagi na konstrukcyjny charakter uznania za zmarłego. Konieczne jest wprowadzenie przepisu, który pozwalałby dochodzenia roszczeń o wypłatę za okres wsteczny od momentu domniemanej śmierci do złożenia wniosku, jednak za okres od pierwszego dnia w którym istniała prawna możliwość złożenia wniosku o uznanie za zmarłego. Taka zmiana chroniłaby osoby uprawnione przed sytuacją nie otrzymania świadczenia i czyniłaby zadość wymogą zasady równości. Ponadto, konieczne jest wskazanie, niebezpieczeństwa na jakie zwrócił SN w uzasadnieniu I UK 320/2006, gdzie wskazywał, że pozwolenie na dochodzenie roszczeń z tytułu zaległych wypłat za pełny okres, w którym dana osoba nie była uznana za zmarłą, a była zaginiona, pozwoliłby na składanie wniosku o uznanie za zmarłego dużo później niż przesłanki zostały spełnione, tym samym wydłużenie okresu składania wniosku o rentę rodzinną. W takich sytuacjach można już osobą uprawnionym zarzucić niestaranne działanie co wydłużałoby znacznie, okres niepewności po stronie organu rentowego, aby temu zapobiec okres został ograniczony do czasu 10 lat albo krótszego okresu liczonego do momentu, w którym zaistniała możliwość do skutecznego złożenia wniosku.

Inną możliwością regulacji tej kwestii. Jest uznanie, że momentem do skutecznego złożenia wniosku, byłby dzień, w który organ w wyniku zaginięcia danej osoby zaniechał wypłacenia świadczeń i osoba uprawniona z tytułu renty rodzinnej byłaby w stanie uprawdopodobnić fakt zaginięcia, byłaby to podobna regulacja do tej z okresu obowiązywania ustawy o ubezpieczeniu społecznym z 1933 r. Sankcją za podanie nieprawdziwych danych mogących mieć wpływ na prawo do świadczeń przez wnioskodawcę, mogłaby być odpowiedzialność karna za składanie fałszywych zeznań przewidziana w art. 233 §1 w związku z art. 233 § 6

KK²⁶. Ponad to obowiązek zwrotu pobranego świadczenia z naruszeniem przepisów prawa.

Możliwy jest także trzeci sposób regulacji, który wyposażyłby ustawę systemową w klauzulę generalną, mająca podobny charakter do zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym. Przepis taki pozwalałby minimalizować skutki niepełnych regulacji prawnych. Jednakże takie rozwiązanie mogłoby w znaczny sposób naruszyć równowagę budżetową państwa, co zawsze spotka się ze sprzeciwem politycznym.

Pierwszy sposób regulacji kompensowałby następnie stratę jaką dana osoba poniosła w wyniku nie wypłacenia renty rodzinnej, co mogłoby sprawić, że ZUS wypłacałby bardzo wysokie jednorazowe świadczenia z okres w którym dana osoba faktycznie poradziła sobie z trudną sytuacją finansową bez pomocy organu rentowego. Druga możliwość regulacji pozwalałaby na zapewnienie bieżących środków do utrzymania, ale stwarzałaby też sytuację niepewności dla osoby pobierającej to świadczenie związane z możliwością powrotu danej osoby, wiązałoby się ze stworzeniem katalogu wyjątków, w których wyłączony byłby obowiązek zwrotu pobranego świadczenia z naruszeniem ustawy. O ile pierwsza forma służy bardziej wyrównaniu tego co dana osoba zapłaciła sama, o tyle druga forma zgodnie z celem renty rodzinnej chroni daną osobę przed rzeczywistym aktualnym pozostaniem bez środków do życia.

7. Zakończenie

Polski system prawa ubezpieczeń społecznych, mimo swojego ochronnego celu, jakim jest zapewnienie bezpieczeństwa na wypadek ziszczenia się ryzyka ubezpieczeniowego, posiada regulacje niepełne, które niestety przez brak działań ustawodawczych, powodują rozbieżności w orzecznictwie i na końcu osoba uprawniona przez brak podstawy prawnej nie otrzymuje tego, co otrzymałaby jakby luki nie było. Problem ten nie dotyczy, jednak tylko prawa ubezpieczeń społecznych, ale całego prawa administracyjnego. Jak pokazują powyższe rozważania, regulacje

²⁶ Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555.

prawne związane z uznaniem za zmarłego są nie pełne i budzą wątpliwości natury konstytucyjnej, stąd konieczne są zmiany prawne w powyższym zakresie.

This article presents connections between a declaration of death in absentia and a family pension. The text explains a term of a declaration of death in absentia and a term of a family pension. The author focuses on the moment of payment of a death benefit upon a declaration of a deceased person. The Polish social insurance law system lacks legal regulations providing a possibility of payment in a benefit for the period of being declared dead in absentia indicated in the statement of a declaration of death. This course is previous to filing the application for payment . The Polish Social Insurance Institution refuses to pay for the time upon between the date of death and the moment of filling an application. The author explains a problem of applying literal interpretations in social insurance law taking into account a view presented in judicial decisions. Moreover, the article examines whether the art. 133 of the Polish Pensions Act is consistent with the constitutional rule of equality before the law with respect to the sentence of the Constitutional Tribunal of Polish Republic in a funeral grand case. At the end two possible conclusions *de lege ferenda* are presented with an analysis of their advantages and disadvantages.

Maria Kierska*
Tomasz Marek**

The Employee Involvement in the Decision-making Processes from the European and the U.S. Perspective

The article describes alternative forms of employee participation initiatives, such as information, consultation, negotiation, apart from deep-rooted trade union mechanisms. It provides an analysis of present legal regulations and tendencies in the EU countries, in the light of the implementation of Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community. The second main part of the article refers to the worker involvement in company decision making procedures and management in the U.S. What is unique for the U.S., employee participation programmes were created as a result of bottom-up processes, with the initiative coming from employees and employers themselves. The article also focuses on contemporary public debate by explaining the added value of employee participation in the light of Corporate Social Responsibility policy.

* Ph.D. student at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University of Kraków.

** Ph.D. student at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University of Kraków.

1. Introduction

Recently, in the time of a rapid economic growth and, subsequently, unexpected crisis, the issue of employee participation in the business, performed by their employers, became the topic of frequent discussions. Great number of lawyers and politicians have been pointing out that the worker involvement in the decision-making processes can result in a more efficient company management. It seems indisputable that workers might possess knowledge and experience in technical and social aspects, which may provide the employers with a different perspective on specific problems. Moreover, such pieces of information are unavailable to the CEOs and the boards.

In order to exploit and utilize the well-educated workforces, several legislative initiatives occurred. However, despite the fact that the aim of workers involvement is basically the same all around the world, the methods of legal regulation differ significantly. The differences refer not only to the relations between the legal systems in the United States and Europe, but also to the relation between the legal regulations in the Member Countries of the European Union (hereinafter referred to as “EU”). The prior is significantly meaningful given the fact that since the 1st July 2002 the EU members are obliged to implement in their domestic systems the provisions of Directive 2002/14 (hereinafter referred to as “Directive”)¹.

The first main part of this work concerns the present legal regulations and the tendencies in the European countries. Therefore, special emphasis is put on the repercussions of the Directive’s implementation. The second part of the article refers to the worker involvement in the decision making processes in the U.S. In the conclusion, we will briefly point out the advantages as well as the evident problems related to both legal systems regarding workers’ participation issues. Particularly, we will try to assess whether the right “to be consulted and informed” really does provide the employees with an audible voice in the workplace.

¹ Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community, Official Journal of EU no. 80, p. 29.

At the beginning, we would like to emphasize that we are perfectly aware of the fact that trade unions regulations constitute an extremely important aspect of workers' participation. Nevertheless, the purpose of this article is to focus on alternative forms of employee participation initiatives, such as informing and consulting mechanisms of employees by the management.

2. The European Perspective on the Worker Involvement

Prior to the most important regulations accepted by the EU (which strictly referred to the worker involvement in the decision-making processes), the majority of its Member States did provide legal mechanisms regulating the workers' right to be informed and consulted. These regulations range from statutory work councils (France, Germany), through encompassing collective agreements, which constitute main measures to regulate information and consultation in Denmark and Belgium, and finally the hybrid models (i.a. Italy) where a statutory framework allows a sectoral agreement for the work councils².

Additionally, the EU law obliged its Members to implement several acts which touch upon the process of consultation with employees, i.a. the obligatory negotiations in case of collective redundancies.

However, the European Commission perceived these regulations as insufficient and inadequate for the challenges of modern business. Therefore, in 2001, the European Commission issued a communication which stated that one of the most relevant purposes was to make all employees appropriately informed and engaged in the development of enterprises and their professional lives³.

The result of the difficult legislative process (to mention i.a. the initial strong opposition of the United Kingdom and Germany) resulted in the Directive, constituting a measure that provides the minimum framework, in which information and consultation takes place. Under the provisions

² M. Doherty, *Hard law, soft edge? Information, consultation and partnership* (in:) *Employee Relations*, Vol. 30 Iss. 6, p.609-610.

³ The Communication of the European Commission to the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2001/313.

of this Directive, the process of consultation does not possess a mandatory character – in order to perform the right to be informed and consulted, the employees need to file a request⁴.

It should be emphasized that, unlike many other Directives (which are binding only in relation to their purpose, but simultaneously provide very detailed mechanisms to be implemented), this Directive leaves almost all legal details to the Member States or the national Social Partners. Namely, according to article 1 par. 2, the practical arrangements for information and consultation shall be defined and implemented in accordance with national law and practice of industrial relations in the different Member States in such a way as to ensure their effectiveness. Such a legal construction is perfectly understandable. While the EU constitutes blanket and across-the-board organization, its Members (and, consequently, the employers and employees) face completely different challenges, resulting from different conditions of their economy and cultural (legal) context. For instance, the employment problems which are of vital importance for workers in Bulgaria, most probably differ from those occurring in Germany or France. As it was adequately concluded by S. Estreicher: “Each country must examine its own labor and capital mix to determine where its competitive advantage lies, and must develop rules for labor-market competition within its borders that, while consistent with national values, will help it achieve success in the worldwide marketplace”⁵.

However, despite the legal leeway granted to the particular Members by the Directive in article 1 par. 2, the Act in article 1 par. 3 sets a fundamental provision which applies to all countries (regardless of any circumstances) according to which, when defining or implementing practical arrangements for information and consultation, the employer and the employees representatives shall work in a spirit of cooperation and with due regard for their reciprocal rights and obligations, taking into account the interests of both the undertaking or the company and the employees.

⁴ C. Barnard, *EU employment law*, Oxford 2012, p. 687.

⁵ S. Estreicher, *Think global, act local: Employee representation in a world of global labor and product market competition*, Virginia Law & Business Review, Vol. 4, Iss. 1, p. 91.

The Directive contains many vital provisions, which have significant potential to influence national legal system in a way, to provide the employees with a “real voice” in the context of the company performance. It seems unquestionable that the key to proper understanding of its provision lies in a clear explanation of the terms “transmission of information” and “consultation”. The European legislator decided to include a legal definition of both terms in article 2 of the Directive.

According to article 2 p. f) “transmission of information” means transmission of data by the employer to the employees' representatives, in order to enable employees to acquaint themselves with the subject of the particular matter and to examine it. In reference to this term, we would like to strongly emphasize the importance of the adequate time which should be granted to the workers in order to provide them with an opportunity to analyze the received data (conduct a thorough examination) and to allow them to prepare for the consultation sufficiently. This stipulation is explicitly approved by the Directive in article 4 par. 3.

As far as term “consultation” is concerned, article 2 p. g) indicates that it means the exchange of views and establishment of dialogue between employees' representatives and the employer. Article 4 par. 4 additionally clarifies the circumstances under which the consultation shall take place. Namely, the consultation is performed: a) while ensuring that the timing, method and content thereof are appropriate; b) at the relevant level of management and representation, depending on the subject under discussion; c) on the basis of information supplied by the employer, in accordance with art. 2 p.f) and the opinion formulated by the employees' representatives; d) in such a way as to enable the employees' representatives to meet the employer and obtain a response, and the reasons for that response, to any opinion they may formulate in a view to reach an agreement on decisions within the scope of the employer's powers referred to in par. 2 p.c).

By that means, the Directive constitutes two different kinds of consultation: the strong one, which is characterized by the fact that the consultation is performed “in a view to reach an agreement”⁶ and the weak one, which is performed without any expected result. This conclusion is

⁶ C. Barnard, *op.cit.*, p. 689.

(in our point of view) understandable, since the literal interpretation of art. 4 does not cast any doubt on whether all consultations shall be performed “in a view to reach an agreement”. Simultaneously, such a conclusion does not mean that the “weak consultation” should be performed with no expectations of an agreement on the disputed issue. Particularly, having in mind the regulation of art. 1 par. 3 which provides the demand to cooperate in “a spirit of cooperation”.

Moreover, it should be emphasized that the requirement of company management to undertake consultation and to inform employees encompasses a broad range of topics defined in article 4 par. 2a) information on the recent and probable development of the undertaking or business activities and economic situation; b) information and consultation on the situation, structure and probable development of employment within the undertaking or establishment and on any anticipatory measures envisaged, in particular where there is a threat to employment; c) information and consultation on decisions likely to lead to substantial changes in work organization or in contractual relations, including those covered by the Community law provisions referred to in art. 9 par. 1.

We might conclude that there is a significant difference between the process of information and consultation. The first concept refers to a kind of “one-sided” relation, since the representatives of employees are entitled merely to receive particular information, without the right to provide a response. On the other hand, the process of consultation requires an active performance not only from the employer, but also from the employees. In other words, consultation means the exchange of views and establishment of dialogue between the employees’ representatives and the employer⁷. It is also indicated in the legal and academic doctrine that the Directive constitutes a proactive model of consultations, since article 4 par. 4 p. 3 imposes an obligation on the employers to provide the employees with a justified response to any opinion that they may provide. Thus, the workers are stimulated to proactively participate in the consultation⁸. It is worth mentioning that the recent examinations indicate that

⁷ J. Wratny, *Prawo pracowników do informacji i konsultacji – dyrektywa wspólnotowa a projekt polskiej ustawy*, Monitor prawa pracy, Vol. 2/2005, SIP Legalis.

⁸ D. Tarren, *Wzmacnianie przepisów dotyczących informowania i przeprowadzania konsultacji przez wymianę ponadnarodowej wiedzy i doświadczeń*, 2012, p. 9.

the frequently consulted issues are: changes in the legal form of the enterprise, the change of the size of the company's plant, the introduction of a new technology and the changes regarding the structure and quantity of workforces⁹.

The Member States were left to choose whether the Directive system of information and consultation will be used in workplaces employing at least 20 employees or limited to the enterprises employing at least 50 employees. However, it is also possible to implement a more favorable system, in which the legal institutions incorporated in the Directive will also apply to the enterprises with lower workforces.

Eventually, in order to assure abiding of the rules by both employers and employees, article 8 par. 1 of the Directive obliges the Member States to provide for appropriate measures in case of non-compliance with the Directive by the employer or by the employees.

As it has been already pointed out, the Directive leaves plenty of space for the particular members of the EU, since (according to article 1 par. 2) all practical aspects of information and consultation are defined by the Member Countries with a due regard to the domestic practice and national law. Therefore, as far as these issues are concerned, the differences in the European Union are really significant. In that aspect, we would like to provide a detailed analysis of Polish implementation and a general analysis of the legal methods approved by other Member Countries.

As far as Poland is concerned, the implementation of the Directive resulted in the Act on information and consultation with workers¹⁰. This act, in article 1, provides a specific representative organ called "the works council". The legal doctrine emphasizes that, apart from the literal interpretation of the Act, the works council is "only" a medium between the employers and the employees – a specific transmission measure¹¹.

⁹ See M. Carley, A. Baradel, C. Welz, *Work councils: Workplace representation and participation structures*, EIRO Thematic Features, 2005.

¹⁰ Ustawa o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji z 7 kwietnia 2006 r., Dz.U. Nr 79, poz. 550, z późn. zm. (The Act on Informing and Consulting Employees, 7 April 2006, Journal of Laws, No.79, item 550, as amended.)

¹¹ J. Wratny, K. Walczak, *Komentarz do ustawy o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji*, (in:) Zbiorowe prawo pracy, ed. J. Wratny, K. Walczak, Warszawa 2009, SIP Legalis.

The works council is constituted in the enterprises that perform business activities and, concurrently, employ at least 50 workers. What is important, the members of the works council are elected only by the employees of a particular company (article 4). The Act explicitly decides that it is the employer to bear all the expenses related to the existence of the works council (article 6).

Apart from the complex regulation regarding the election of the members of the works council, the most relevant provisions are included in article 13 (in reference to the obligation of information transmission) and in article 14 (regarding consultation processes). Both provisions were formulated almost similarly to those covered by the European legislator in the Directive. However, it should be noted that the Polish Act demands that the employer and the employees consult “in a view to reach an agreement”. Thus, the Polish Act, as far as this issue is concerned, is more favorable for the employees than the Directive, which provides such a demand only to the decisions which may result in significant changes in the work organization or in the contractual relations in the company – article 4 par. 4 p. e) of the Directive.

It should be emphasized that Polish Act foresees a system of guarantee for the employees who are the members of the works council. Namely, an employer may not, without the consent of the works council, terminate the employment agreement when the employee is a member of the works council (article 17 par. 1). Additionally, an employer may not, without the consent of the works council, unilaterally change the employment conditions or wages of a worker during their membership, except when permitted by other laws (article 17 par. 2). Therefore, we shall conclude that the position of the works council members is similar to the position of the trade union members, who are particularly protected by the labor law.

In order to make both parties (the workers and the employers) obey the provisions of the mentioned Act, article 18 provides that, generally, the infringement of the Act constitutes an offence that shall result in a fine or limitation of liberty.

Eventually, it is also worth mentioning that according to article 15, while performing the legal tasks, the works council may be assisted with

persons with specialist knowledge (experts). In this context, we unreservedly accept the Polish contention of legal doctrine, which contents that in the absence of an agreement on this issue, the costs of the expert's work are suffered only by the employers (on the ground of article 6)¹².

As far as other EU Members are concerned, we would like to briefly point out the most important differences in particular legal systems.

One of the most important dilemmas which has to be solved is whether the works councils should be the sole "transmission measure" or whether the entrepreneurs shall cooperate simultaneously with trade unions. For instance, the Austrian law provides that the representatives of employees are the sole organ responsible for the transmission of information and for the performance in consultation process. On the other hand, the legal mechanism in Czech Republic creates a system of two independent transmission measures – trade unions and works council which exist simultaneously¹³.

The further issue, which differs among the EU Members legal systems, refers to the minimum number of workers who, if employed in a particular company, impose an obligation on the employer to perform the process of information and consultation. In the majority of the EU countries, this number amounts to 50 (e.g. France, Greece, Hungary, Spain). However, many states decided to make this number lower (more favorable for the employees) – for instance, in Austria this obligation refers to the entrepreneurs who employ at least 5 workers (in Lithuania this number amounts to 20)¹⁴.

Another curious issue concerns the experts' participation in the works councils activity. On this legal field, many EU Members provide that works councils are entitled to the professional experts help only in the framework ensured by the trade union (for instance in Portugal, Hungary, Ireland). As it has been already mentioned, in Poland (and additionally in Norway) all the expenses are suffered by the employers. In other countries, the experts' help (the expenses of such help) may be covered by the employer (but subject to their consent – in Germany) or may be suffered

¹² J. Wratny, K. Walczak, *op. cit.*

¹³ D. Tarren, *op.cit.*, p. 11.

¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

according to the provisions of the special agreement on this issue (Estonia)¹⁵.

Finally, we would like to indicate that the European countries adopted two methods of information (consultation) commencement. In the first group, the inception depends on the specified percentage of employees who possess legal initiative (for instance in Italy, Germany and Greece). In other countries, the mechanisms of information and consultation are introduced “automatically” – when the number of workers reaches the quantity provided by the law (i.a. in Austria and Belgium)¹⁶.

3. The U.S. Perspective on Employee Participation

Being the world’s leading economic power and a positive example concerning most of the contemporary social and public policy issues, the U.S. democracy is often pictured as a role model in the global environment. However, nowadays it is the European Union which sets a tone for the employee participation and meaningful industrial democracy strategies.

The justice shall be given to the U.S. by stressing its long-lasting and deeply-rooted tradition of worker participation, mostly by their unionization. There are two quotes that might pertinently illustrate the development of the relevant sphere. In 1947 Senator Robert Wagner stressed that “We must have democracy in industry as well as in government. Democracy in industry means fair participation by those who work in the decisions vitally affecting their lives and livelihood; and the workers in our great industries can enjoy this participation only if allowed to organize and bargain collectively through representatives of their own choosing”¹⁷. Fifty years later, the reality brought commentators to the very hard

¹⁵ *Ibidem*, p. 24, 25.

¹⁶ *Ibidem*, p. 24, 25.

¹⁷ Senator Robert Wagner, New York Times, 13th April 1947, quoted in Ch. B. Craver, *Mandatory worker participation is required in a declining union environment to provide employees with meaningful industrial democracy*, The George Washington University Law School Public Law and Legal Theory working paper no. 305, p. 1.

landing as “Approaching the twenty-first century, the United States effectively stands alone among the developed nations, on the verge of having no effective system of worker representation and consultation. Survey data indicate that some 30 to 40 million American workers without union representation desire such representation, and some 80 million workers, many of whom do not approve of unions, desire some independent collective voice in their workplace”¹⁸.

Although the theme of this article does not cover the collective labor law, nevertheless, in order to give the comprehensive overview of the U.S. perspective on employee participation, the National Labor Relations Act ("NLRA") should be mentioned. NLRA was enacted in 1935 by the Congress, with an aim to protect the rights of employees and employers, to encourage collective bargaining, and to curtail certain private sector labor and management practices, which can harm the general welfare of workers, businesses and the U.S. economy¹⁹.

At the outset, the NLRA seemed to be very promising, resulting in formation of the Congress of Industrial Organizations and rapid union growth, especially in heavy industries (such as steel, automobile, electrical manufacturing). By 1954, labor membership exceeded 17 million with unions representing 35% of nonagricultural employees. By the early 1960s, organized labor began to experience relative decline in membership, as union ranks grew more slowly than the overall labor force²⁰. The serious breakdown came during the 1980s – 1990s, resulting in private sector union membership on the level of 10.4% of nonagricultural workers represented²¹.

¹⁸ Joel Rogers & Wolfgang Streeck, *Workplace Representation Overseas: The Works Councils Story*, 1997, quoted in Ch. B. Craver, *opt. cit.*, p. 1

¹⁹ Title 29, Chapter 7, Subchapter II, United States Code; the full text of the National Labour Relations Act of 1935.

²⁰ For more details see: M. Goldfield, *The Decline of Organized Labor in the United States*, The University of Chicago Press, London 1987, Table 1 National Union Membership, selected years 1930-1978, p. 10.

²¹ Source: Bloomberg Daily Reports, Daily Labor Report No. 28, 12th Feb 1996, quoted in: Ch. B. Craver, *op.cit.*, p. 3.

3.1. Searching for a Golden Mean

Those statistics were introduced in order to provide a factual background that accelerated the external efforts, undertaken by both legislative and judicial authorities, to strengthen the position of non-unionized workers.²² As the U.S. is the common law domain, the courts' intervention played a crucial role in discovering the areas of employers' abuses, where dissatisfied workers could seek for redress. In that aspect, the courts mostly focused on termination proceedings, by both minimizing the negative effects of the common law employment-at-will doctrine (historical approach that employment is for an indefinite period of time and may be terminated either by an employer or an employee), and by creating exceptions rooted in public policy prerequisites that bar an employer from terminating employees in violation of well-established public policy of the state²³.

However, shortly it transpired that it was hard to find a proverbial golden mean. Increasing legislative and judicial regulation of employee-employer relations resulted in increasing employer's dissatisfaction. They were voicing a negative impact of collective responsibility and punishment that had been imposed on whole employers' sphere, resulting from individual and isolated acts of aberrational companies²⁴.

This was the starting point for a broad public debate concerning the need for enhancing more individualized, bilateral employer-employee relations. Many employee involvement programmes were created, as a result of the bottom-up processes, with the initiative coming straight from management and company directors. These arrangements, called "quality circles", "production teams" or "quality of work life programs", "discussion groups", "total quality management", "self-directed work

²² The most profound examples being: The Equal Pay Act of 1963, The Age Discrimination in Employment Act of 1967, The Pregnancy Discrimination Amendment of 1978, The Occupational Safety and Health Act of 1970, The Family and Medical Leave Act of 1993.

²³ As an example, in many states an employee may not be terminated for filing a workers' compensation claim after an on-the-job injury. Criteria for what violates public policy in particular states, varies from state to state. For more information see: Legal Information Institute, Cornell University Law School.

²⁴ Ch. B. Craver, *op.cit.*, p. 8-10.

teams”, and “safety committees”, were designed to facilitate communication between managers and employees in the first place, to improve product or service quality, and to increase worker productivity in the longer distance²⁵. The added value of worker participation programs is undeniable, not only does it increase worker management communication, enhance employee quality and productivity, but also by strengthening worker commitment to firm objectives, it improves company’s competitive positions in global markets.

Despite that, concerns are being expressed as to specific law provisions that are likely to endanger those valuable trends in companies. Section 8 [§ 158] (a)(2) of NLRA, dealing with unfair labor practices by employers, states that it shall be an unfair labor practice for an employer to dominate or interfere with the formation or administration of any labor organization or contribute financial or other support to it. In our opinion, the idea behind it deserves to be supported, since it prohibits employer domination of unions. However, Section 2 [§152] (5) of NLRA, defines the term “labor organization” as any organization of any kind, or any agency or employee representation committee or plan, in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours of employment, or conditions of work. Such a broad definition of labor organization goes far beyond the traditional understanding of trade unions, hence the existence and legality of any worker - management common ground might be successfully contested.

The National Labor Relations Board²⁶ decisions from 1992 (and onwards) jeopardized the legality of employee involvement programs. In *Electromation Inc.*, the prominent case on employee participation organizations, the National Labor Relations Board held invalid worker participation programmes that are significantly controlled by management officials. The decision was further upheld by the United States Court of

²⁵ P. Linzer, *Who Owns the Company?: Rethinking Capitalism for the Twenty-First Century*, Research in Law and Policy Studies 217, 1995; quoted in: Ch. B. Craver, *op.cit.*, p. 8.

²⁶ Established in 1993 by The National Industrial Recovery Act, is an independent government agency of the U.S., quasi-judicial body, charged with conducting elections for labor union representation and with investigating and remedying unfair labor practices.

Appeals, Seventh Circuit. In the conclusion, the Supreme Court explained that domination of a labor organization existed where the employer controls the form and structure of a labor organization so that the employees were deprived of complete freedom and independence of action as guaranteed to them by Section 7 of the NLRA, and that the principal distinction between an independent labor organization and an employer-dominated organization lay in the unfettered power of the independent organization to determine its own actions. The Electromotion action committees, which were wholly created by the employer, whose continued existence depended upon the employer, and whose functions were essentially determined by the employer, lacked the independence of action and free choice guaranteed by Section 7 of the NLRA. The Supreme Court further explained that it was not to suggest that the management representatives were anti-union or had devious intentions in proposing the creation of the committees. But, even assuming they acted from good intentions, their procedure in establishing the committees, their control of the subject matters to be considered, their membership and participation on the committees, and their financial support of the committees all combined to make the committees labor organizations dominated by the employer in violation of the NLRA²⁷.

3.2. Outline of the Contemporary Debate

Taking into consideration the above mentioned deliberations, and the path how the U.S. case law has developed, the remark of the lack of industrial democracy for significant group of the U.S. employees, remains legitimate. Especially, bearing in mind the decline in union representation over the past decades, resulting in merely 10% of private sector workers being able to influence management decisions through the collective bargaining process. Once again the reality and employment state of affairs, were a spark for a public discussion. It was stressed that the NLRA had recently become an irrelevant statute for the vast majority of

²⁷ 35 F. 3d 1148 - *Electromotion Incorporated v. National Labor Relations Board*, the United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 15th September 1994; the full text of the judgment available at: < <http://openjurist.org/35/f3d/1148/electromotion-incorporated-v-national-labor-relations-board>>

private sector employees. Even if unorganized (non-unionized), workers should still be able to have a say in their employment conditions, and for that reason they should be provided with a new statutory rights guaranteeing them that privilege²⁸. Moreover, similarly to European countries, the discussion drifted on Corporate Social Responsibility waters, as the arguments were raised that corporate success was dependent upon three vital fundamentals: the first one being the investors who provide the necessary capital; secondly, the managers who provide the leadership; and last but not least, the employees who perform the basic job functions.

The most recent structural analyses of employee participation initiatives show the lingering scheme of their diversity in scope and longevity. It is crucial to stress that in most cases such initiatives are of operational and one-off nature, constituted *ad hoc* to deal with specific issues. On the other hand, strategic and wide-ranging programmes, addressing basic business issues of enterprise direction such as financing, investment, choice of product lines, production methods or marketing, are much less frequent. The main forms of employee participation can be divided into: Quality of Work Life intended to make work more satisfying and meaningful; Quality Circles – delegating to workers the responsibility to solve quality and production problems; Participation Groups – joint-labor-management groups that discuss a wide range of production and quality problems and working conditions; Task Forces – groups established to deal with a single question such a new product launch; gain sharing – providing bonuses to employees when productivity increases; and, finally, worker representation on the board of directors²⁹.

As in the 1990s, the concerns about efficiency of the new involvement programmes are raised. Two of the arguments seem to be especially adequate. Firstly, most of the existing employee participation initiatives give the workers no real say. In other words, the management retains unanimous decision-making control. Hence, these programmes offer in fact “old wine in new bottles.” Secondly, it is more common nowadays

²⁸ Ch. B. Craver, *op.cit.*, p. 11-13.

²⁹ Typology presented by J. Schwartz, *Voice Without Say: Why More Capitalist Firms Are Not (Genuinely) Participatory*, Fordham Journal Of Corporate & Financial Law, 2013, vol. XVIII, p. 975-977.

that employee participation programmes are top-down initiatives, imposed by management as a “new way” of corporate management technique, where managers tend to motivate and organize workers³⁰. Moreover, regarding wine-bottle metaphor, it is also explained that the existing programmes offer workers no real say, because of the employers’ fear that the “new wine” of real employee participation might break the “old bottles” of capitalist, managerial power, traditionally organized as authoritarian hierarchy³¹.

4. Conclusion

As was shown in the article, both the EU and the U.S. adopted various forms of employee participation programmes. In concluding remarks, it is worth stressing basic differences between the two systems. The process of “building in” employee representation mechanisms into the domestic legal system of the EU countries was far more thorough and systematic. The initiative to regulate came from the EU institutions, in order to harmonize and guarantee the same standard of employee-employer relations among all the Member States. However, the Directive is based strongly upon the pre-existing institutions and ideas implemented in the Member States, with Germany being the most positive example. While in the U.S., the initiative to regulate workers representation and participation arrangements came from the employees and employers. With the lack of any legal pattern, they were looking for possible creative solutions on their own. As a result, many enterprises have adopted various forms of employee participation plans. Such diversity, on one hand, allows for flexibility in adopting the most suitable employee participation programme. However, on the other hand, it depends solely on a good will of the particular employer and the management, which does not guarantee consistency and the same standard to all employees. Moreover, in the absence of employee participation programmes rooted in legal system, it is impossible to enforce them.

³⁰ Both arguments presented by J. Schwartz, *op. cit.*, p. 979-98.

³¹ S.M. Bainbridge, *Participatory Management within a Theory of the Firm*, 1996, quoted in J. Schwartz, *op. cit.*, p. 979.

It is also worth noting that both in the EU and the U.S. the discussion of the contemporary labor law shows the growing interdependence between different branches of law. In the context of company's obligations towards the employee and employee rights, the labor law regulations shall stay in line with corporate governance and corporate social responsibility issues. What is more, the discussion also involves the standards of democratic society and public policy requisites.

Last but not least, we would like to bring attention to the reality that might turn out to be a very hard landing. As it was described in the article, academic scholars, professionals, and practitioners emphasize the added value of the employee participation – the increase in productivity, workers commencement to company objectives, positive influence on workers morale and loyalty, and the feeling of being listened to. However, the real question is whether the initiatives do embody the genuine participation mechanisms. In other words, since universally most companies are organized as top-down, hierarchical structures, is there still any space to cede some real authority to the workers or give them “voice” (as opposed to “say”)? In our opinion, the law (legal system) “acting” on its own cannot guarantee any success in this aspect. The fact that most often the worker participation is imposed by the management as a “new way” of corporate management technique is a real threat to the whole idea. In order to give employees the “voice”, and make their participation programmes effective, it shall involve cooperation and positive attitude from all the engaged parties, employees, employers, management, boards of directors, and, finally, the legislators and the courts.

Rafał Patryn*
Sylvia Kiełbasa**

Zasady prawno-formalnego postępowania lekarza w kontekście świadomej zgody pacjenta i obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej

Zasady prawno-formalnego postępowania lekarza w kontekście świadomej zgody pacjenta i obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej. Niniejsze opracowanie, którego inspiracją były warsztaty symulacji medycznych prowadzone przez autorów podczas 2nd Congress of Medical Simulation for Students and Young Doctors Medical University of Lublin, zawiera opis wybranych zasad dotyczących prawno-formalnego postępowania lekarza. Zagadnienia wybrano kierując się skalą nagannych zachowań oraz trudnościami interpretacyjnymi wśród przedstawicieli zawodów medycznych. W opracowaniu szczegółowo omówiono

* Doktor prawa, specjalistą prawa medycznego i prawa cywilnego. Pracuje naukowo na Uniwersytecie Medycznym na stanowisku adiunkta. Główna problematyka badawcza, wokół której skupiają się zainteresowania naukowe to: odpowiedzialność cywilna lekarza i odpowiedzialność odszkodowawcza podmiotów leczniczych, aksjologiczno-prawna analiza ocena i interpretacja, polskich i europejskich zasad prawnych dotyczących sektora świadczeń medycznych i prywatnego rynku usług medycznych. Jest autorem publikacji z dziedziny: prawa medycznego, etyki lekarskiej i bioetyki. Prowadzi zajęcia z prawa medycznego na wydziale lekarskim, jest również wykładowcą na szkoleniach specjalizacyjnych dla lekarzy i lekarzy stomatologów. Jest członkiem Wojewódzkiej Komisji do Spraw Orzekania o Zdarzeniach Medycznych w Lublinie.

** Absolwentka prawa na Uniwersytecie Marii-Curie Skłodowskiej w Lublinie, doktorantka w Zakładzie Etyki i Filozofii Człowieka Uniwersytetu Medycznego w Lublinie, aplikantka radcowska przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Lublinie.

zagadnienia związane z pobieraniem od pacjenta tzw. świadomej zgody ze szczególnym uwzględnieniem prawa pacjenta do tzw. informacji pełnej, w której określa się m.in. sposób zabiegu, jego ryzyko oraz rokowania. Autorzy opisują również kwestie związane z tajemnicą lekarską, w szczególności katalog sytuacji problematycznych związanych z zakresem tajemnicy i możliwościami zwolnienia lekarza z obowiązku jej zachowania.

1. Wprowadzenie

W niniejszym opracowaniu, którego inspiracją były przeprowadzone warsztaty, zastosowano formułę opisu wybranych zasad prawno-formalnych postępowania lekarza. Zagadnienia wybrano kierując się skalą nagannych zachowań oraz trudnościami interpretacyjnymi wśród przedstawicieli zawodów medycznych. Pierwszym rozpatrywanym zagadnieniem jest problematyczna i sprawiająca wiele kłopotów wykładniczych kwestia obowiązku pobierania od pacjenta tzw. świadomej zgody. Aspektem formalnym związanym z pobieraniem zgody jest obowiązek przekazania informacji. Obecnie funkcjonuje pojęcie tzw. informacji pełnej, w której określa się m.in. sposób zabiegu, jego ryzyko oraz rokowania. Problemem związanym z informowaniem jest stan fizyczny pacjenta, jego zdolności racjonalnego oglądu sytuacji, zdolność do zrozumienia informacji i gotowość do przyjęcia określonego ryzyka zabiegu. Problematyka uzyskania od pacjenta zgody jest związana z formą zgody, sytuacją zgody równoległej, zastępczej oraz działaniem lekarza bez zgody (z jej pominięciem). Drugim aspektem, który jest formalnie skomplikowany jest tzw. tajemnica lekarska. Istnieje katalog sytuacji problematycznych związanych z zakresem tajemnicy, gdzie często błędne postępowanie lekarza przekazującego określone informacje, jest konfrontowane z normami prawa. Naturalnie istnieje także możliwość zwolnienia lekarza z obowiązku zachowania tajemnicy ze swoistym celem i określonym mechanizmem formalnym (sanepid, sąd).

Kluczowym schematem przyjętym w opracowaniu są realne sytuacje zaczerpnięte z orzecznictwa, gdzie trafiający do lekarza pacjent powinien otrzymać odpowiednią informację, następnie po podjęciu decyzji powinien podpisać akt zgody świadomej wraz z wyszczególnieniem ważnych i istotnych elementów. Po tym postępowaniu formalnym lekarz

ma obowiązek zachować w tajemnicy otrzymane informacje, jednak często jest to zadaniem trudnym ze względu na „kolizje” z zasadami moralnymi, zasadami bezpieczeństwa i zasadami administracyjnymi.

2. Obowiązek udzielenia informacji pacjentowi

Przedstawiając podstawy prawne artykuł 31 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty dotyczy obowiązku udzielania informacji - lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego ustawowemu przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Obecnie standardami formalnymi jest tzw. informacja pełna, czyli informacja, po której przekazaniu pacjent podejmie odpowiednią i racjonalną decyzję, co do dalszego leczenia. Problemem spotykanym w rzeczywistości medycznej jest brak informacji, informacja niepełna, informacja przekazana niestaranie, bądź niezrozumiale, lub jej inny zakres. Lekarz może udzielać informacji dotyczących stanu zdrowia pacjenta innym osobom za zgodą tego pacjenta. Warto by było taką dyspozycję woli uwzględnić w dokumentacji medycznej (w formularzu świadomej zgody na zabieg)¹. Na wyraźne żądanie pacjenta (także warto by było określone w dokumentacji medycznej), lekarz nie ma obowiązku udzielać jemu informacji medycznej i jest to prawo pacjenta zwane prawem do niewiedzy (może to być podyktowane np. sytuacją nie obciążania psychicznego i nerwowego pacjenta np. przy niekorzystnej diagnozie). Punkt artykułu 31, dotyczy decyzji o nieprzekazaniu określonych informacji, którą podejmuje sam lekarz. Jest to sytuacja wyjątkowa (niepomyślne rokowanie), gdzie lekarz może ograniczyć informację o stanie zdrowia i o rokowaniu, jeżeli według jego oceny przemawia za tym dobro pacjenta².

¹ Art. 31. ust. 2. Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. (Dz. U 2011 Nr 277, poz. 1634).

² Art. 31. Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. (Dz. U 2011 Nr 277, poz. 1634).

Kolejną kwestią jest informowanie tzw. pacjenta niepełnoletniego, czyli takiego który nie ma ukończonego 18 roku życia. W tej kwestii prawo medyczne wprowadziło nowe pojęcie związane z kategorią wiekową w przedziale 16-18 lat określając je - pacjentem małoletnim. Wówczas informacja medyczna (np. diagnoza) jest przekazywana przez lekarza, zarówno samemu pacjentowi w tym przedziale wiekowym (16-18), jak i jego rodzicom lub przedstawicielowi ustawowemu (jeśli jest taka sytuacja, że małoletni nie ma rodziców).³ Natomiast, jeżeli pacjent nie ukończył 16 lat (dziecko), wówczas lekarz udziela informacji: rodzicom tego dziecka, jeśli dziecko nie ma rodziców (bądź rodzice mają ograniczone prawo opieki) - przedstawicielowi ustawowemu, a w razie jego braku lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe – tzw. opiekunowi faktycznemu.⁴ W sytuacji, gdy dziecko nie ma rodziców, opiekuna prawnego czy faktycznego, informacje medyczne na temat dziecka są przekazywane sądowi rodzinnemu. W myśl kolejnego punktu pacjentowi, który nie ukończył 16 lat, lekarz udziela informacji (jeśli jest taka potrzeba i rozwój emocjonalny dziecka na to pozwala) w zakresie i formie potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu diagnostycznego lub terapeutycznego i wysłuchuje jego zdania w tej kwestii.⁵ Natomiast w sytuacji, gdy pacjent (po skończeniu lat 18, czyli jest osobą dorosłą) jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji (np. osoba starsza z demencją), lekarz udziela tych informacji: osobie bliskiej, osobie powołanej do tego przez pacjenta (jeśli taka jest i pozwalają na to okoliczności), przedstawicielowi ustawowemu jeśli jest taki ustanowiony, a w razie jego braku lub gdy porozumienie się z nim jest niemożliwe - opiekunowi faktycznemu takiego pacjenta.⁶ Również w sytuacji,

³ Art. 31. ust. 5. Obowiązek lekarza, określony w ust. 1, dotyczy także pacjentów, którzy ukończyli 16 lat. Szerzej na temat tzw. pacjenta małoletniego w artykule - Patrycja R. – Trudności interpretacyjne pojęcia „pacjent małoletni” w prawie medycznym. *Prawo i Medycyna* 2010. Nr 3/2010.

⁴ Według Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta opiekunem faktycznym będziemy nazywać osobę sprawującą, bez obowiązku ustawowego (np. kurateli), stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga.

⁵ Art. 31. ust. 7. Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. (Dz. U 2011 Nr 277, poz. 1634).

⁶ Wdrożenie procedury z art. 30 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, mówiącej o tym, że lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty

gdy pacjent jest niezdolny do zrozumienia przekazywanych mu informacji (np. wspomniana demencja starcza, otępienie), nie ma opiekuna prawnego (nie został ustanowiony), czy faktycznego, informacje medyczne mogą być przekazywane sądowi rodzinnemu, który ma obowiązek podjęcia określonych działań, np. wydania zgody na zabieg. Jeżeli pacjent jest niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, np.: jest nietrzeźwy, pozostający w stanie odurzenia narkotycznego, odczuwający silny ból, pod wpływem leków upośledzających sprawność psychiczną, cierpiący na schorzenia, które ograniczają sprawność intelektualną, lekarz udziela informacji: osobie bliskiej, czyli małżonkowi, krewnemu lub powinowatemu do drugiego stopnia w linii prostej, osobie pozostającej we wspólnym pożyciu lub, jeśli jest taka potrzeba, sądowi. Po przekazaniu określonej informacji (medycznej) w odpowiedniej formie i do odpowiedniego z punktu widzenia prawa katalogu osób, lekarz powinien odebrać podpisany i uzgodniony akt-formularz tzw. świadomej zgody.

3. Zgoda na badanie: Świadoma zgoda pacjenta

Świadoma zgoda na proponowany zabieg, czy określone świadczenie medyczne określa subiektywną i wewnętrzną decyzję pacjenta, który po zastanowieniu się, przemyśleniu i podjęciu decyzji „godzi się” na zaproponowaną medyczną interwencję. Zanim dojdzie do podpisania formularza zgody, lekarz objaśnia planowany zabieg takim sposobem, by ta subiektywna decyzja (zgoda) była w pełni racjonalna, świadoma, jasna w interpretacji i nieobciążona jakimkolwiek przymusem. Definicja „świadomej zgody” została wypracowana w Stanach Zjednoczonych Ameryki, i ściśle określa, że pacjent ma prawo do świadomego udziału we wszystkich decyzjach włączających jego albo ją w proces opieki zdrowotnej, zawierając jasne, zwięzłe wytłumaczenie, wszystkich aspektów proponowanych działań medycznych, z uwzględnieniem racjonalnych alternatyw medycznego postępowania, oceny ryzyka śmierci,

życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, nie wyklucza obowiązku poinformowania: rodziny, osoby ustanowionej przez pacjenta, jego prawnego przedstawiciela czy opiekuna faktycznego.

poważnych komplikacji związanych z każdą alternatywą metodą postępowania medycznego, określenie prawdopodobnych problemów rekonwalescencji i możliwości uzyskania pomyślnego rezultatu.⁷ Pacjent ma prawo, by znać szczegóły diagnozy i wyników badań, w każdym momencie, kiedy wyrazi on taką potrzebę, jak również mieć dostęp do swojej dokumentacji i wyników badań.⁸ Świadoma zgoda oznacza łączne spełnienie trzech warunków: ujawnienia, zrozumienia i dobrowolności.⁹

W polskich ustawach, możemy spotkać pojęcie zgody, jednak nie zdefiniowanej jako świadoma, czy uświadomiona. W Ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, w rozdziale 5 pt. Prawo pacjenta do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych, w artykule 15.¹⁰ „Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych albo odmowy takiej zgody, jeżeli przepisy odrębnych ustaw nie stanowią inaczej”.¹¹ Także w następnym artykule (16), pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu informacji w zakresie określonym w artykule 9 (omówiona zasada informowania). W Ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty, w artykule 32. paragraf 1, jest mowa o tym, że lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, po wyrażeniu zgody przez pacjenta.¹² Punkt 2 tego artykułu, dotyczy pacjenta małoletniego (dziecka w tym kontekście) lub pacjenta niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, wówczas wymagana jest zgoda: rodziców dziecka, lub jego przedstawiciela ustawowego, w sytuacji jego braku lub trudności z porozumieniem się z nim - zgoda sądu rodzinnego. W Kodeksie Etyki lekarskiej w artykule 15, jest mowa o tym, że postę-

⁷ D.J. Mazur, *Influence of the law on risk and informed consent*, BMJ 2003, s. 60-62.

⁸ T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 4th ed. New York, NY: Oxford University Press, 1994, s. 124.

⁹ G.J. Annas, *A National Bill of Patients' Rights*, Owned by the Massachusetts Medical Society, N Engl J Med. 1998 Mar 5;338(10), s. 198.

¹⁰ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. O prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.(Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

¹¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. O prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.(Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

¹² Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. (Dz.U.2011 Nr. 277 poz. 1634).

powanie diagnostyczne, lecznicze i zapobiegawcze wymaga zgody pacjenta. Jeżeli pacjent nie jest zdolny do świadomego wyrażenia zgody, powinien ją wyrazić jego przedstawiciel ustawowy lub osoba faktycznie opiekująca się pacjentem.¹³ Zgodę na badanie (tylko na badanie, co należy podkreślić) pacjenta małoletniego (w tym kontekście dziecka), bądź niezdolnego do wyrażenia zgody może wyrazić także opiekun faktyczny tego dziecka.¹⁴ Punkt kolejny dotyczy zgody równoległej, czyli pacjenta, który ukończył 16 lat (zwanego w prawie medycznym – małoletnim), wówczas jest wymagana także jego zgoda (i równocześnie zgoda rodzica bądź opiekuna prawnego). Pacjent małoletni, który ukończył 16 lat (16-18), ma prawo do wyrażenia zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza, ale co trzeba pamiętać łącznie ze zgodą rodziców, lub przedstawiciela ustawowego (zgoda równoległa). Jeżeli małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona, albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, poza zgodą jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo w przypadku niewyrażenia przez nich zgody wymagana jest zgoda sądu rodzinnego.¹⁵ Podobnie w przypadku, gdy pacjent (np. osoba starsza z demencją), nie ma przedstawiciela ustawowego albo porozumienie się z nim jest niemożliwe, lekarz może przystąpić do udzielania świadczeń zdrowotnych dopiero po uzyskaniu zgody sądu rodzinnego.¹⁶ Lekarz może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta, po udzieleniu mu pełnej informacji i po uzyskaniu

¹³ Kodeks Etyki Lekarskiej (http://www.oil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kel, dostęp 1.12.2013). Jest to jednak kolizja z prawem powszechnym, bowiem opiekun faktyczny nie ma prawa udzielić zgody na zabieg w „zastępstwie”.

¹⁴ Według Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta opiekunem faktycznym będziemy nazywać osobę sprawującą, bez obowiązku ustawowego, stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga.

¹⁵ Art. 32. ust. 6. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

¹⁶ Art. 32. ust. 8. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

jego pisemnej zgody.¹⁷ W przypadku, gdy przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody nie zgadza się na wykonanie przez lekarza omawianych czynności, a są one niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia, wówczas lekarz może wykonać takie czynności po uzyskaniu zgody sądu rodzinnego.¹⁸ Lekarz może wykonać omawiane czynności bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta, bądź bez zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim przypadku lekarz ma obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności. O wykonywanych czynnościach lekarz niezwłocznie zawiadamia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sąd rodzinny i dokonuje odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej pacjenta.¹⁹ Pacjent pełnoletni, ubezwłasnowolniony, chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznanie w proponowanych kwestiach medycznych, ma też naturalnie prawo do wyrażenia sprzeciwu, co do udzielenia świadczenia zdrowotnego, pomimo zgody przedstawiciela ustawowego.

Formą wyrażania świadomej zgody jest forma pisemna, najczęściej na specjalnym i gotowym formularzu składającym się z określonych przedmiotowo elementów. W sytuacji szczególnej formą wyrażenia zgody może być określone zachowanie (np. kiwnięcie głową) w swej interpretacji wskazujące na „godzenie się” na zabieg. Najlepiej, gdy zgoda w ten sposób jest wyrażona w obecności świadka z uwzględnieniem tego faktu w dokumentacji medycznej. Reasumując pacjent ma prawo do wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody, po uzyskaniu wyczerpujących informacji. Lekarz

¹⁷ Art. 34. ust. 1 i 2. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

¹⁸ Art. 34. ust. 6. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

¹⁹ Art. 34. ust. 7 i 8. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

ma obowiązek taką zgodę poprzedzić niezbędnymi informacjami, odpowiedzieć na ewentualne pytania pacjenta i ją „odebrać”.

4. Tajemnica lekarska

Obowiązek zachowania określonych faktów w tajemnicy związany jest ze szczególnym stosunkiem zaufania łączącym pacjenta i lekarza. Informacje dotyczące stanu zdrowia są ściśle związane ze sferą prywatności, stąd relacje na linii lekarz – pacjent co do zasady mają charakter poufny. Podstawowym przepisem regulującym tajemnicę lekarską jest art. 40 ust. 1 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, który stanowi, że „lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu”.²⁰ Podobne regulacje zawiera Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, której art. 13 mówi, że „pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego”.²¹ Kodeks Etyki Lekarskiej w art. 23 zd.1 także wspomina o tajemnicy zawodowej, mianowicie – „lekarz ma obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej”.²²

Analizując treść wymienionych przepisów, o obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej mówimy, gdy zostaną łącznie spełnione następujące przesłanki: 1) osoba, która uzyskała informację jest lekarzem, 2) uzyskana informacja związana jest w jakikolwiek sposób z osobą pacjenta, oraz 3) do jej uzyskania doszło w związku z wykonywaniem zawodu czy czynności medycznych. Przedmiotowy zakres tajemnicy ujęty jest stosunkowo szeroko – będą to co do zasady wszystkie informacje związane z pacjentem, które lekarz uzyskał w związku z wykonywaniem zawodu. Nie ma znaczenia źródło pochodzenia takich informacji. Najczęściej

²⁰ Art. 40. ust. 1. Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

²¹ Art. 13. Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. (Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

²² Art. 23. zd.1 Kodeks Etyki Lekarskiej. (w) (http://www.oil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/ke/, dostęp 1.12.2013).

będą one uzyskane od samego pacjenta z zebranego przez lekarza wywiadu. Oprócz faktów wynikających z samodzielnych ustaleń lekarza - tajemnicą objęte są również informacje przekazane przez innego lekarza, czy personel medyczny, fakty ujawnione przez osoby trzecie (np. krewnych pacjenta w przypadku gdy jest nieprzytomny), czy informacje uzyskane z udostępnionej dokumentacji medycznej. W szczególności tajemnicą lekarską objęte są wyniki przeprowadzonych badań, diagnoza postawiona na ich podstawie, historia choroby, postępowanie terapeutyczne, metody i postępy w leczeniu, wcześniejsze lub współistniejące schorzenia, hospitalizacje, przyjmowane leki itd. Wiedza lekarza na temat pacjenta jest często bardzo duża. W trakcie zbierania informacji powinien on pamiętać, że celem tego procesu jest jedynie postawienie diagnozy i zaproponowanie stosownego leczenia.

Tajemnica lekarska nie ma jednak charakteru bezwzględnego.²³ Istnieje szereg przypadków, w których lekarz zwolniony jest z obowiązku jej zachowania, a w niektórych sytuacjach nawet zobowiązany do jej ujawnienia. Wyjątki te znajdują uzasadnienie z jednej strony w interesie prywatnym pacjenta, z drugiej natomiast w interesie osób trzecich oraz interesie publicznym. Zasadą jest, że bez zgody pełnoletniego, przytomnego, działającego z rozeznaniem pacjenta nie jest możliwe udzielanie informacji o jego stanie zdrowia innym osobom. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie aby pełnoletni, przytomny, działający z rozeznaniem pacjent upoważnił lekarza do udzielania informacji o jego stanie zdrowia innym osobom (w szczególności jego krewnym).²⁴ Przepisy prawa nie określają żadnej szczególnej formy wymaganej dla wyrażenia zgody na zwolnienie lekarza z zachowania tajemnicy zawodowej. Przyjmuje się, że powinna ona być przekazana w sposób wyraźny, jednoznacznie określając kto, w jakich sytuacjach i w jakim zakresie może być informowany. W praktyce uzasadnionym działaniem wydaje się być odbieranie od pacjentów oświadczeń na piśmie. Niedopuszczalnym jest natomiast przyjęcie, że brak wyraźnego sprzeciwu pacjenta, lekarz interpretuje jako zgodę na wyjawienie określonych informacji osobom trzecim.

²³ Art. 40. ust. 2. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

²⁴ Art. 40. ust. 2. pkt. 4. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634), podobnie art. 14 ust. 2 pkt. 3. Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. (Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

Kolejny przypadek, w którym lekarz zostaje zwolniony z obowiązku zachowania poufności dotyczy sytuacji, gdy zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób.²⁵ W tym przypadku decyzja o ujawnieniu informacji i o jej zakresie należy do lekarza, nie ma znaczenia zgoda bądź sprzeciw pacjenta. Należy przy tym pamiętać, że informowanie osób trzecich jest wyjątkiem od zasady ogólnej, zatem wszelkie pojawiające się w tym zakresie wątpliwości należy rozstrzygać na rzecz obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej. Przyczyna ujawnienia tajemnicy musi być rzeczywista, poparta medycznymi ustaleniami, a nie jedynie hipotetyczna. Jako przykład posłużyć może sytuacja pacjenta chorego na AIDS lub będącego nosicielem wirusa HIV, który nie chce samodzielnie poinformować małżonka lub partnera seksualnego o możliwym niebezpieczeństwie zarażenia. Wydaje się, że w tej sytuacji lekarz może (a nawet powinien) poinformować taką osobę, zwłaszcza gdy ma uzasadnione podejrzenie, że pacjent nie zamierza powstrzymywać się od stosunków seksualnych wysokiego ryzyka.

Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej ze względu na ochronę osób trzecich przewiduje również Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Nakłada ona na lekarza, który podejrzewa lub rozpoznaje zakażenie, chorobę zakaźną lub zgon z powodu zakażenia lub choroby zakaźnej, obowiązek niezwłocznego (nie później niż w ciągu 24 godzin) zgłoszenia tego faktu właściwemu inspektorowi sanitarnemu.²⁶ Lekarz jest również zwolniony z obowiązku dochowania tajemnicy także, gdy zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń.²⁷ Pojawia się jednak pro-

²⁵ Art. 40 ust. 2. pkt. 3. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634), podobnie art. 14 ust. 2. pkt. 2 u.p.p. Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. (Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

²⁶ Art. 27. Ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. (Dz. U. 2013 poz. 947).

²⁷ Art. 40. ust. 2. pkt. 6. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634), podobnie art. 14 ust. 2. pkt. 4. Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. (Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

blem w jaki sposób mają być te informacje przekazane - czy telefonicznie, czy oznaczając specyficznie dokumentację medyczną, czy w inny sposób. Niestety, obecnie zasady formalne, milczą na ten temat. Sytuacją szczególną jest przypadek, gdy badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych organów i instytucji (prokuratura, sąd, komisje ds. orzekania o zdarzeniach medycznych).²⁸ Takie żądanie powinno mieć jednak podstawę prawną i być sformułowane na piśmie.

Dopuszczalność niedochowania tajemnicy lekarskiej zawiera również Kodeks Etyki Lekarskiej, zgodnie z którym lekarz ma prawo do ujawnienia zauważonych faktów zagrożenia zdrowia lub życia w wyniku łamania praw człowieka.²⁹ Istnieje stosunkowo duże prawdopodobieństwo, iż lekarz podczas badania pacjenta poweźmie informację o stosowaniu wobec niego przemocy fizycznej. Szczególny obowiązek zawiadomienia w odniesieniu do ściganego z urzędu przestępstwa z użyciem przemocy w rodzinie zawiera Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie.³⁰ Zobowiązuje ona osoby, które w związku z wykonywaniem swoich obowiązków służbowych lub zawodowych powzięły podejrzenie o popełnieniu ściganego z urzędu przestępstwa z użyciem przemocy w rodzinie, do niezwłocznego zawiadomienia o tym fakcie Policji lub prokuratora. Lekarz podobnie jak każdy obywatel, może zostać wezwany do złożenia zeznań w charakterze świadka w postępowaniu karnym bądź cywilnym. Art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego stanowi, że lekarz występujący w charakterze świadka w postępowaniu karnym może być przesłuchiwany co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność ta nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.³¹ Decyzję o zwolnieniu lekarza z zachowania tajemnicy lekarskiej podejmuje w takim przypadku sąd. Przesłuchanie lekarza po zwolnieniu go z obowiązku za-

²⁸ Art. 40 ust. 2. pkt. 2. Ustawy o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

²⁹ Art. 27. Kodeksu Etyki Lekarskiej. (w) (http://www.oil.org.pl/xml/nil/wladze/str_zl/zjazd7/kei, dostęp 1.12.2013).

³⁰ Art. 12. ust. 1. Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz. U. 2005 Nr 180 poz. 1493 ze zm.).

³¹ Art. 180 § 2. Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 1997 Nr 89 poz. 555 ze zm.).

chowania tajemnicy lekarskiej odbywa się z wyłączeniem jawności. Wyjątek od tego przepisu zawiera Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego, która wprowadza zakaz przesłuchiwania osób obowiązanych do zachowania tajemnicy jako świadków na okoliczność wypowiedzi osoby, wobec której podjęto czynności wynikające z w/w ustawy, co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary.³² Co więcej, lekarz psychiatra jest także zwolniony od obowiązku zawiadamiania organów ścigania o fakcie popełnienia przestępstwa przez taką osobę. W pozostałym zakresie informacji regulacje prawne są analogiczne do wyżej opisanych. Odmierna sytuacja występuje, gdy lekarz w procesie karnym występuje w charakterze oskarżonego. W tym przypadku lekarz może ujawniać informacje, które objęte są tajemnicą bez narażania się na dodatkową odpowiedzialność karną (ale tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do wyjaśnienia okoliczności sprawy).

Podobna sytuacja występuje w przypadku postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy. Zgodnie z Ustawą o izbach lekarskich nie stanowi naruszenia tajemnicy lekarskiej składanie przez lekarza zeznań i wyjaśnień w zakresie okoliczności objętych postępowaniem w trakcie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy.³³ Udostępnienie określonych informacji związanych z pacjentem jest niezbędne w trakcie praktycznej nauki zawodów medycznych oraz dla celów naukowych.³⁴ Przy ujawnianiu informacji związanych z pacjentem, w tym przypadku powinna obowiązywać albo zasada całkowitej anonimizacji danych, albo jeśli to nie jest możliwe zasada minimalizmu: ujawniać powinno się tylko te informacje, które są niezbędne w procesie dydaktycznym czy naukowym. Co więcej pacjent powinien być wcześniej uprzedzony o możliwości naruszenia jego prywatności w związku z działalnością dydaktyczną czy naukową na terenie danego podmiotu.

Obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem trwa nadal po udzieleniu świadczenia zdrowotnego. Nie wygasa

³² Art. 52. Ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 2011 Nr 231 poz. 1375 j.t. ze zm.).

³³ Art. 59. ust. 4. Ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz. U. 2009 Nr 219 poz. 1708 ze zm.)

³⁴ Art. 40. ust 2. pkt. 6. Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634).

także w przypadku zaprzestania wykonywania zawodu przez lekarza. Również śmierć pacjenta nie zwalnia z obowiązku zachowania tajemnicy.³⁵ Tajemnica lekarska powinna być traktowana przez lekarza jako reguła w stosunku do której nie ma żadnej dowolności, a wyłączenia możliwe są jedynie w ściśle określonych prawem przypadkach.

5. Zakończenie

Zasady prawo-formalnego postępowania lekarza to zagadnienie, które często wywołuje trudności interpretacyjne wśród przedstawicieli tego zawodu. W codziennej pracy lekarza często pojawiają się wątpliwości w kontekście właściwego informowania pacjenta, uzyskiwania zgody na proponowany zabieg czy zachowania tajemnicy lekarskiej. Niejednokrotnie pojawia się wśród lekarzy stan niepewności, czy informacje przekazane pacjentowi zostały w sposób przystępny, czy pacjent w pełni je zrozumiał oraz czy informacja zawierała wszystkie niezbędne elementy. Wątpliwości często dotyczą osoby, której informacje o pacjencie można przekazać i jaki może być zakres tych informacji. Dopiero po prawidłowym wypełnieniu przez lekarza obowiązków związanych z przekazywaniem informacji możemy mówić o „poinformowanej” i „świadomej” zgodzie pacjenta na proponowany zabieg. Jednak nawet po spełnieniu wymogu oparcia zgody o odpowiednią informację, pojawić mogą się wątpliwości czy na pewno została ona wyrażona przez właściwą osobę/osoby (pacjent małoletni, pacjent geriatryczny, osoba nieprzytomna), czy może w określonej sytuacji zgodę powinien wyrazić sąd. Istotną kwestią z punktu widzenia dopuszczalności przeprowadzenia określonego zabiegu medycznego jest również właściwa forma uzyskania zgody w szczególności w przypadku świadczeń o inwazyjnym charakterze. Szereg problemów powstaje również na gruncie obowiązku zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem. Zdarza się, że pojawiają się wątpliwości jakie informacje objęte są tajemnicą, co i komu można ujawnić (rodzice pacjenta, jego małżonek, inni krewni), w

³⁵ Art. 40. ust.3. Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarz dentysty. (Dz. U. 2011 Nr 277, poz. 1634) i podobnie art. 14 ust. 3 Ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. (Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417).

końcu czy można przekazać informację określonym instytucjom, które o to proszą (policja, sąd). Sytuacja lekarza jest o tyle trudna, że często ze względu na stan zagrożenia zdrowia, czy nawet życia pacjenta musi on działać natychmiast. Nie ma czasu na gromadzenie wiedzy, jaką procedurę formalno-prawną zastosować – kogo poinformować, kto może wyrazić zgodę na zabieg, co i przed kim należy zachować w tajemnicy. Prawno-formalne zasady postępowania powinny być dla lekarza zachowaniami intuicyjnymi, podejmowanymi automatycznie, bez zastanowienia. Dlatego tak ważna jest edukacja przyszłych lekarzy w tym zakresie już na etapie studiów. Studia i ich program to najwłaściwszy okres, aby oprócz ogromnej wiedzy z dziedziny nauki medycyny, przyszli lekarze przyswoili również zasady właściwego postępowania z pacjentem w oparciu o obowiązujące w tym zakresie prawo.

Formal and legal rules of doctor's proceedings regarding informed consent and the duty of confidentiality

The following article, inspired by workshops conducted by the authors during the 2nd Congress of Medical Simulation for Students and Young Doctors Medical University of Lublin, describes selected issues of formal and legal rules of doctor's proceedings. The issues were selected following the scale of abnormal behaviors and difficulties of interpretation among the representatives of medical professions. In particular the article presents issues related to informed consent prior to any treatment or procedure, including duty to inform the patient and range of information (diagnosis, treatment and prognosis). The authors also describe the duty of confidentiality, including the range of information that should be held in confidence and the circumstances in which the information may be disclosed.

Marek Strzała*

Gwarancje wolności religijnej w przepisach prawa pracy: Zarys stanu prawnego *de lege lata* i postulaty *de lege ferenda*

Wolność sumienia i wyznania przewidziana w Konstytucji RP obejmuje szereg szczegółowych uprawnień takich jak prawo do świętowania, czy prawo do manifestowania swojej religii, ale nadto także prawo do postępowania zgodnego z własnymi przekonaniem religijnymi. Z uwagi na tak szeroki zakres rzeczony wolności częstokroć pozostaje ona w kolizji z przepisami prawa pracy, przewidującymi obowiązek pozostawania w gotowości do pracy i obowiązek wykonywania poleceń pracodawcy. Analiza uregulowań prawa pracy prowadzi jednak do wniosku o niepełnym unormowaniu kolizji obowiązków wynikających z prawa pracy z prawami wynikającymi z wolności sumienia i wyznania oraz leżących u ich podłoża obowiązkami natury religijnej. Najpełniejszego uregulowania doczekała się kwestia niedyskryminacji oraz obchodzenia dni świątecznych, choć regulacje tej ostatniej kwestii rodzą wątpliwości. Pominięta została kwestia wypełniania obowiązków religijnych w czasie pracy oraz odmowa wykonywania obowiązków i poleceń pracodawcy sprzecznych z przekonaniem religijnymi. Także kwestia manifestowania przekonań religijnych w miejscu pracy nie doczekała się wyraźnego uregulowania. W obecnym stanie prawnym, wobec braku regulacji szczególnych i prokonstytucyjną (prowolnościową) wykładnią przepisów prawa pracy, wydaje się należy opowiedzieć się za prawem odmowy wykonania obowiązków i poleceń pracodawcy sprzecznych z przekonaniem religijnymi oraz prawem manifestowania ich w miejscu pracy, jak również za prawem wy-

* Doktorant w Zakładzie Prawa Kościelnego i Wyznaniowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

konywania czynności religijnych w miejscu pracy. Należy jednak dążyć do odpowiednich zmian w prawie pracy jednoznacznie przesądzających te uprawnienia, ale zabezpieczającymi również w należyty sposób interes pracodawcy, który w obecnym stanie prawnym nie jest należycie chroniony.

1. Wstęp

Prawo pracy regulując kwestie zasad wykonywania pracy, a w szczególności czasu jej wykonywania, rodzaju czynności, jakie w jej ramach mogą być dokonywane, oraz możliwości odmowy wykonania konkretnych poleceń pracodawcy, nie może abstrahować od innych systemów normatywnych, których dyrektywy dotyczą tych samych zagadnień. Takimi systemami są przekonania religijne jednostek i normy zachowań formułowane w ramach Kościołów i związków wyznaniowych. Nadto prawo pracy normuje jedną z podstawowych dla jednostki ludzkiej sferę, jaką jest pozyskiwanie poprzez własną pracę środków do życia, dlatego w tej gałęzi prawa szczególnie istotne jest zapewnienie poszanowania praw człowieka.

Te dwa fakty powodują, że prawo pracy powinno po pierwsze, wykształcić takie instytucje, które zapewnią faktyczną realizację wolności sumienia i wyznania jako jednego z podstawowych praw człowieka, w tym zwłaszcza takie, które zapobiegą nierównemu traktowaniu ze względu na przekonania religijne, jak i przynależność do określonego Kościoła czy związku wyznaniowego¹. Po drugie, ponieważ wolność ta obejmuje także co do zasady możliwość postępowania zgodnie z własnymi przekonaniem religijnymi, instytucje te nie powinny być odezwane od systemów takich przekonań wyznawanych przez pracowników, a przez to od norm formułowanych przez Kościoły i związki wyznaniowe, które są przez pracowników przyjmowane.

Wobec złożoności i obszerności tematyki celem niniejszego artykułu jest jedynie zarysowanie problematyki ochrony wolności sumienia i wyznania w prawie pracy poprzez wskazanie tych wybranych przepisów

¹ Funkcję ochronną względem wolności sumienia i wyznania niektórych przepisów prawa pracy, zwłaszcza w kontekście dyskryminacji, dostrzega doktryna prawa wyznaniowego. Zob. przykładowo: P. Stanisław [w:] A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisław (red.), *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008, s. 93-95.

prawa pracy, których zadaniem jest jej faktyczna realizacja, a także tych, które do takiej realizacji się przyczyniają. W niniejszym artykule zostaną także zasygnalizowane potencjalne problemy, jakie mogą się pojawić na gruncie stosowania niektórych z nich oraz ich ewentualne niedoskonałości. Artykuł ten ma za zadanie również wskazać te kwestie, które nie doczekały się regulacji normatywnej, a które mają istotne znaczenie dla zagwarantowania faktycznej realizacji tej wolności. Dopiero omówienie obu tych kwestii pozwoli na wskazanie zakresu w jakim wolność sumienia i wyznania jest chroniona w prawie pracy i ogólną ocenę aktualnego stanu prawnego.

Nadto, ponieważ z jednej strony artykuł ten dotyczy bezpośrednio prawa pracy, z drugiej zaś porusza kwestię ochrony wolności sumienia i wyznania, wyznacza on również wspólne obszary zainteresowania obu tych gałęzi prawa.

2. Pojęcie wolności sumienia i wyznania

Pomijając problemy terminologiczne² z pewnością można stwierdzić, że wolność sumienia i wyznania należy do jednej z podstawowych wolności przyznawanych każdemu człowiekowi w demokratycznym państwie prawa. Z tej przyczyny wyrażają ją zasadnicze dla ochrony praw jednostki akty prawa międzynarodowego, takie jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (art. 18)³, Konwencja o ochronie praw człowieka

² W tym miejscu wypada jedynie zasygnalizować, że w sprawach wyznaniowych zarówno prawo polskie, jak i przepisy aktów prawa międzynarodowego, a w konsekwencji także literatura przedmiotu nie posługują się jednolitą terminologią. Przykładowo Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej posługuje się terminem „wolność sumienia i religii”, zaś podstawowa ustawa z zakresu polskiego prawa wyznaniowa w tytule określa swój przedmiot jako „gwarancje wolności sumienia i wyznania”. Zob. H. Misztal, *op. cit.*, s. 62-63; P. Sarnecki [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2004, s. 82-83. Na potrzeby niniejszego artykułu przyjęto, że pojęcia te są równoznaczne, by jednak zachować spójność dalej używany będzie termin wolność sumienia i wyznania.

³ Tekst (wyciąg) w: W. Uruszczak, Z. Zarzycki, *Prawo wyznaniowe. Zbiór przepisów*, Kraków 2003, s. 69-92.

i podstawowych wolności (art. 9)⁴, z której Europejski Trybunał Praw Człowieka wywodził już uprawnienia w zakresie prawa pracy⁵, czy Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 18)⁶. Stanowią one o prawie każdego człowieka do posiadania oraz zmiany, tak przekonań religijnych, jak i wyznania, jak również o prawie do uzewnętrzniania swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne⁷. Kwestia wyznania pracownika pojawia się także w konwencjach Międzynarodowej Organizacji Pracy bądź w kontekście swobody wyboru zatrudnienia⁸, bądź dyskryminacji⁹. W przypadku prawa pracy nie sposób też pominąć przepisów Europejskiej Karty Społecznej, ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą¹⁰, która zawiera również regulacje o znaczeniu dla wolności religijnej¹¹, a znacząco rozwiniętych w orzecznictwie Europejskiego Komitetu Praw Społecznych¹².

⁴ Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284. Zob. też K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 269-299; tenże, *Wolność uzewnętrzniania religii i przekonań w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2002, nr 1-2, s. 189-212; L. Wiśniewski, *Wolność sumienia i wyznania w europejskiej konwencji praw człowieka i w prawie polskim*, *Państwo i Prawo* 1991, z. 8, s. 15 i n.

⁵ Przykładowo właśnie z art. 9 tej konwencji Europejski Trybunał Praw Człowieka wywiódł w jednym ze swoich orzeczeń zakaz wypowiedzenia umowy o pracę ze względu na wyznawaną religię. Zob. wyrok z dnia 12 kwietnia 2007 r., 52435/99, LEX nr 271871 wraz z omówieniem M.A. Nowickiego, „Rzeczpospolita”, nr 6/2007.

⁶ Opublikowana jako załącznik do Dz.U. z 1977 r., Nr 38.

⁷ Szczegółowe omówienie ewentualnych różnic w regulacji wolności sumienia i wyznania, tak prawnomiędzynarodowej, wspólnotowej, jak krajowej przekracza możliwości niniejszego opracowania.

⁸ Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 122 z dnia 9 lipca 1964 r. dotycząca polityki zatrudnienia opublikowana jako załącznik do Dz.U. z 1967 r., Nr 8.

⁹ Konwencja Międzynarodowej Organizacji Pracy nr 111 z dnia 25 czerwca 1958 r. dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu (Dz. U. z 1964 r., nr 42, poz. 218). Dyskryminacja ze względu na religię jest także przedmiotem Deklaracji w sprawie wyeliminowania wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji opartych na religii lub przekonaniach uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 25 listopada 1981 – zob. tekst w: W. Uruszczak, Z. Zarzycki, *op. cit.*, s. 73–76.

¹⁰ Dz.U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67.

¹¹ Zob. zwłaszcza w wersji zrewidowanej Karty: art. 24 ust. 3 pkt d; z części V: art. E; z części II załącznika do zrewidowanej Karty: art. 21 ust. 4.

¹² Analizę tego orzecznictwa zawierają obszerne prace prof. dr hab. A. Świątkowskiego, byłego polskiego przedstawiciela w Europejskim Komitecie Praw Społecznych i Pierwszego Wice-prezydenta Komitetu, pt.: „*Charter of social rights of the*

Wolność sumienia i wyznania stanowi także jedną z wolności gwarantowaną Konstytucją Rzeczypospolitej z dnia 2. Kwietnia 1997 r.¹³. Przewiduje ona prawo każdego do „wolności sumienia i religii” (art. 53 ust. 1). Na jej gruncie wolność sumienia oznacza swobodę wyboru dowolnego światopoglądu, zaś wolność religii została wprost zdefiniowana jako wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru, jej uzewnętrzniania przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Zakresem przedmiotowym rzeczony wolności w ujęciu konstytucyjnym zostało objęte również posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują (art. 53 ust 2)¹⁴.

Jeszcze bardziej szczegółowo zakres wolności sumienia i wyznania reguluje art. 2 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, stanowiąc między innymi o uprawnieniu do uczestniczenia zgodnie z zasadami swojego wyznania w czynnościach i obrzędach religijnych oraz wypełniania obowiązków religijnych i obchodzenia świąt religijnych (pkt. 2), czy do zachowywania milczenia w sprawach swojej religii lub przekonań (pkt. 5) – by wymienić tylko najistotniejsze z punktu widzenia prawa pracy uprawnienia z tego obszernego katalogu.

Podsumowując, zakres podmiotowy wolności sumienia i wyznania jest więc maksymalnie szeroki – obejmuje bowiem każdą istotę ludzką, w szczególności bez względu na fakt obywatelstwa czy miejsca zamieszkania na terenie Polski. Również zakres przedmiotowy jest bardzo rozległy, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę, iż wolność sumienia i wyznania „nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu”¹⁵ (co wydaje się należeć do treści pojęcia praktykowania).

Council of Europe”, Alphen aan den Rijn 2007, oraz *Labour law : Council of Europe*, Alphen aan den Rijn 2014.

¹³ Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

¹⁴ Por. H. Misztal [w:] *op. cit.*, s. 62-66; J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2008, s. 62-67.

¹⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15. Stycznia 1991 r., sygn. U 8/90, OTK 1991, nr 1, poz. 8, LEX nr 25378. Orzeczenie to sformułowano co prawda na gruncie Konstytucji PRL, jednak ponieważ odwołuje się ono także do obowiązują-

Nadto zakres przedmiotowy wolności sumienia i wyznania jest niedookreślony, nie zamyka się bowiem w konstytucyjnym czy ustawowym katalogu uprawnień¹⁶. Jak ujął to P. Sarnecki „wolnościowy charakter tego prawa sprawia, iż prawo obowiązujące ma przede wszystkim określić granice swobodnego zachowania jednostki i stworzyć gwarancje, dzięki którym granice te nie będą naruszane przez organy państwa i inne podmioty prawa”¹⁷.

Omawiając treść wolności sumienia i wyznania nie sposób również pominąć kwestii relacji wolności sumienia i wyznania, jako prawa przysługującego każdemu człowiekowi (zwanej wolnością sumienia i wyznania w ujęciu indywidualnym) a funkcjonowaniem Kościołów i związków wyznaniowych. Niewątpliwie do zakresu tego prawa należy możliwość tworzenia i przynależności do Kościołów i związków wyznaniowych (zob. art. 2 pkt 1 i 2a ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania). Podmioty te działają na zasadach autonomii i niezależności względem Państwa (art. 25 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej). Owa autonomia i niezależność stanowią immanentny element wolności sumienia i wyznania (wolność sumienia i wyznania w aspekcie instytucjonalnym)¹⁸ i rozpatrywanie realizacji wolności sumienia i wyznania nie może pomijać tego aspektu.

cego do dnia dzisiejszego Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, jak również obecnie obowiązująca Konstytucja przewiduje analogiczną wolność, zachowuje ono swą aktualność w odniesieniu do interpretacji wolności sumienia i wyznania.

¹⁶ J. Krukowski, *Polskie prawo...*, s. 65.

¹⁷ P. Sarnecki [w:] *op. cit.*, s. 83.

¹⁸ Por. J. Krukowski, *Polskie prawo...*, s. 62. Zob. wyraźne wskazanie na ten związek sformułowane w art. 5 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską z dnia 28 lipca 1993 roku (Dz. U. z 1998 r., nr 51, poz. 318). Zob. też W. Góralski, A. Pieńdyk, *Zasada niezależności i autonomii państwa i Kościoła w konkordacie polskim z 1993 roku*, Warszawa 2000, s. 11 i n.; J. Krukowski, *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, s. 284-286.

3. Zakaz dyskryminacji ze względu na religię i wyznanie¹⁹

Analizę realizacji wolności sumienia i wyznania w prawie pracy wypada rozpocząć od przyjrzenia się regulacjom występującym na gruncie zasadniczego aktu regulującego stosunki pracy, jakim jest Kodeks Pracy, w którym również można odnaleźć sformułowane wprost odniesienia do wolności sumienia i wyznania, choć właściwie jedynie w kontekście zakazu dyskryminacji.

Pierwotnie Kodeks Pracy w żadnym miejscu nie odnosił się do kwestii wyznaniowych wprost. Dopiero wprowadzenie ogólnej zasady niedyskryminacji²⁰ wprowadziło do tego podstawowego dla systemu prawa pracy aktu odniesienie *expressis verbis* do religii. Nastąpiło to poprzez wprowadzenie do Kodeksu Pracy z dniem 2. Czerwca 1996 r. art. 11³, który wskazywał jako przykładową niedopuszczalną przesłankę zróżnicowania w stosunkach pracy „przekonań, zwłaszcza politycznych lub religijnych”²¹. W ten sposób stworzono w sposób bezpośredni jedną z gwarancji wolności sumienia i wyznania.

Wraz z ewolucją zakazu niedyskryminacji pewnym modyfikacjom ulegała również ta gwarancja, przy czym szczególną rolę w tym zakresie odegrała nowelizacja Kodeksu Pracy obowiązująca od dnia 1. Stycznia 2004 r. Wprowadziła ona nowy rozdział o równym traktowaniu w zatrudnieniu, który uściśla ogólną zasadę niedyskryminacji w ten sposób,

¹⁹ Tematyka zakazu dyskryminacji jest bardzo szeroko i dokładnie omówiona w literaturze prawa pracy, toteż niżej zostaną omówione jedynie te jej elementy, które mają istotne znaczenie w kontekście wolności sumienia i wyznania. Szerzej na temat zakazu dyskryminacji – zob. M. T. Romer, *Prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 116-128 i 168-185; W. Muszalski [w:] W. Muszalski (red.), *Kodeks Pracy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 49-55, M. Wandzel [w:] B. Wagner (red.), *Kodeks Pracy. Komentarz*, Gdańsk 2007, s. 48-51 i 75-102; T. Zieliński, G. Goździewicz [w:] L. Florek (red.), *Kodeks Pracy. Komentarz*, s. 96-104; G. Goździewicz, *ibidem*, s. 126-145 i wskazywaną w tych komentarzach literaturę.

²⁰ Na temat rozwoju antydyskryminacyjnego prawa wspólnotowego w kontekście wolności sumienia i wyznania oraz dyrektywy z 27. listopada 2000 r. dotyczącej niedyskryminacji w zatrudnieniu pisze P. Stanisław, *Wspólnotowy zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu ze względu na religię lub światopogląd*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 1, s. 45-51.

²¹ Wydaje się, że pewne elementy ochrony wolności sumienia i wyznania mogłyby być wyinterpretowywane także z treści art. 11² k. p. dotyczącego poszanowania dóbr osobistych, do których zgodnie z Kodeksem Cywilnym należy również wyznanie.

że stanowi, iż pracownicy winni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania, dostępu do szkoleń. Wskazuje więc podstawowe sfery, w których różnicowanie jest niedopuszczalne. Oprócz powyższej zmiany nowelizacja ta wprowadziła w art. 94 pkt 2b Kodeksu Pracy ciężący na pracodawcy obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji oraz możliwość dochodzenia odszkodowania z tytułu naruszenia zakazu niedyskryminacji (art. 18^{3d} Kodeksu Pracy).

Wyżej wymienione kwestie, choć bezpośrednio wpływają na wzmocnienie ochrony wolności sumienia i wyznania, dotyczą jednak w równie mierze dyskryminacji opartej tak na przesłankach „religijnych”, jak i innych. Warto podkreślić, że nowela ta wprowadzała także pewne istotne zmiany wyłącznie w odniesieniu do kwestii ochrony wolności sumienia i wyznania.

W pierwszej kolejności trzeba zauważyć, że wprowadziła ona rozróżnienie dyskryminacji ze względu na religię od dyskryminacji ze względu na wyznanie. Pierwszą należy utożsamiać z funkcjonującą w pierwotnym brzmieniu art. 11³ dyskryminacją ze względu na przekonania religijne. Zmiana polega więc na wprowadzeniu do przykładowego katalogu podstaw dyskryminacyjnych pojęcia „wyznania”, które należy interpretować jako przynależność do określonego Kościoła lub związku wyznaniowego²².

Owszem katalog powyższy tak na gruncie poprzedniej, jak i obecnej regulacji jest jedynie wyliczeniem przykładowym, jednakże w sposób jednoznaczny przesądza to o bezprawności różnicowania ze względu na wyznanie, co niewątpliwie stanowi pewne, choć w niewielkim stopniu, wzmocnienie ochrony wolności sumienia i wyznania.

Zasadniczą jednak zmianę w regulacji niedyskryminacji ze względu na religię i wyznanie należy upatrywać we wprowadzeniu przez tą nowelę niezwykle istotnego dla ochrony wolności sumienia i wyznania art. 18^{3b} § 4 k.p. Wprowadza on bowiem obok funkcjonujących w odniesieniu do wszystkich podstaw różnicowania pracowników kontratypów zakazu niedyskryminacji szczególne przesłanki dopuszczające różnicowanie pracowników ze względu na religię lub wyznanie.

²² Odmiennie P. Stanisław [w:] *Prawo...*, s. 93.

Stanowi on mianowicie w obecnym brzmieniu, iż nie jest naruszeniem zasady równego traktowania pracowników w zatrudnieniu ograniczanie przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje, których etyka opiera się na religii, wyznaniu lub światopoglądzie, dostępu do zatrudnienia, ze względu na religię, wyznanie lub światopogląd jeżeli rodzaj lub charakter wykonywania działalności przez kościoły i inne związki wyznaniowe, a także organizacje powoduje, że religia, wyznanie lub światopogląd są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi, proporcjonalnym do osiągnięcia zgodnego z prawem celu zróżnicowania sytuacji tej osoby.

Podstawową sferą zastosowania tego przepisu jest możliwość odmowy zatrudnienia albo uzależnienia zatrudnienia przez Kościół lub związek wyznaniowy od wyznania ubiegającego się o pracę w przypadku pracy ściśle związanej z wewnętrzną sferą ich działalności, w szczególności zaś takiej pracy, która polega bądź na dokonywaniu czynności o charakterze religijnym, bądź zajmowaniu się przedmiotami kultu. Najbardziej charakterystycznym przykładem może być tu funkcjonująca w Kościele Katolickim instytucja zakrystiana (potocznie „kościelnego”), do którego zakresu obowiązków należy bieżąca opieka nad obiektami sakralnymi i niektórymi przedmiotami kultu. Z tej przyczyny dla większości religii będzie niedopuszczalne powierzenie analogicznej pracy osobie innego wyznania.

W praktyce jednak przepis art. 18^{3b} § 4 k.p. może nastroczać wielu trudności. Kryteria dopuszczalności bowiem stosowania religii lub wyznania jako kryterium różnicowania są bardzo nieostre. Za przykład takiej niejednoznacznej sytuacji w zakresie spełnienia przesłanek dopuszczalności zróżnicowania określonych w art. 18^{3b} § 4 niech posłuży przykład pracy na stanowisku redaktora w wydawnictwie, którego przedmiotem działalności jest przygotowywanie czasopism religijnych danego Kościoła lub związku wyznaniowego. Z jednej strony kwestie „techniczne”, takie jak dobór układu strony czy natężenia barw, niewątpliwie pozostają niezależne od kwalifikacji opartych na religii czy wyznaniu, z drugiej strony jednak osoba taka decyduje o doborze treści mającej charakter religijny, przez co nie tylko realizuje jedno z uprawnień z zakresu wolności sumienia i wyznania danego Kościoła lub związku wyznanio-

wego jakim jest nauczanie, ale również decyduje o kształcie tego nauczania. Czy wobec powyższego dopuszczalne jest uzależnienie zatrudnienia na takim stanowisku od faktu wyznawania religii Kościoła lub związku wyznaniowego prowadzącego to wydawnictwo?

Nie rozstrzygając tego typu wątpliwości, można chyba stwierdzić, że przesłanki zastosowania religii lub wyznania jako kryterium różnicowania pracowników z natury rzeczy nie mogą być ostre, nie sposób bowiem precyzyjnie określić wszystkich szczegółowych sytuacji, w których religia lub wyznanie pracownika mogą być decydującym i proporcjonalnym wymaganiem. Nadto wydaje się niemożliwe lub przynajmniej znacznie utrudnione abstrakcyjne uściślenie tych przesłanek. W opinii autora ocena, czy w danej sytuacji zastosowanie kryterium opartego na religii lub wyznaniu jest uprawnione może być dokonana jedynie *in concreto*.

Dokonując oceny dopuszczalności różnicowania ze względu na religię lub wyznanie, należy z całą mocą podkreślić, że art. 18^{3b} § 4 Kodeksu Pracy nie stanowi osłabienia gwarancji wolności sumienia i wyznania realizowanej przez instytucję zakazu dyskryminacji, lecz wręcz odwrotnie – paradoksalnie wzmacnia wolność sumienia i wyznania. Poprzez bowiem umożliwienie zastosowania takich kryteriów, ochronie zostają poddane wewnętrzne sprawy Kościołów i związków wyznaniowych, czyli ich autonomia, która jak wyżej wspomniano stanowi element wolności sumienia i wyznania w aspekcie instytucjonalnym. Wyjątek zawarty w art. 18^{3b} § 4 umożliwia także zachowanie równowagi pomiędzy ochroną wolności sumienia i wyznania ubiegającego się o pracę, a wolnością sumienia i wyznania zatrudniającego, gdyż pozwala to temu ostatniemu na realizację niektórych nakazów religijnych (np. nakazu, zgodnie z którym dostęp do przedmiotów kultu mogą mieć jedynie wyznający daną religię).

4. Prawo do nieujawniania swojej religii i wyznania

Mimo braku dalszych bezpośrednich odniesień w Kodeksie Pracy do kwestii wolności sumienia i wyznania, jej ochronę realizują także inne niż zakaz dyskryminacji instytucje prawne w nim przewidziane.

W sposób zupełnie nieoczywisty kwestii ochrony wolności sumienia i wyznania dotyczą niektóre przepisy Kodeksu Pracy regulujące zakres informacji jakich pracodawca (potencjalny pracodawca) może żądać od pracownika (ubiegającego się o pracę). Katalog takich informacji zawiera art. 22¹ k. p., wśród których brak jest danych dotyczących religii lub wyznania pracownika (ubiegającego się o pracę).

Pewnego komentarza wymaga dopuszczalność żądania takich informacji przez pracodawcę na gruncie sformułowania art. 22¹ § 2 pkt 1. Co do zasady brak jest szczególnych uprawnień przewidzianych w prawie pracy, w przypadku których podanie informacji o religii czy wyznaniu byłoby konieczne dla korzystania z nich. Trzeba jednak wskazać instytucję zwolnień od pracy na czas obchodzenia świąt religijnych, które nie są dniami wolnymi od pracy w rozumieniu Kodeksu Pracy. W jej wypadku wydaje się, że można uznać prawo pracodawcy do żądania takiej informacji za uzasadnione²³.

Kwestia dopuszczalności żądania przez pracodawcę nie tylko podania informacji o wyznawanej religii, ale także jej udowodnienia pojawiła się także w kontekście naruszenia zakazu dyskryminacji w jednym z orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który uznał takie żądania za usprawiedliwione²⁴.

Omawiany przepis niewątpliwie stanowi gwarancję prawa do nieuwjawiania swojej religii i wyznania przez jednostkę, a więc gwarancję wolności sumienia i wyznania w aspekcie indywidualnym. Z drugiej strony trzeba wskazać, iż gdyby przyjąć jego bezwzględne stosowanie w literalnym brzmieniu doszłoby do ograniczenia wolności sumienia i wyznania w aspekcie instytucjonalnym w kontekście omówionego wyżej wyjątku od zakazu dyskryminacji z art. 18^{3b} § 4 k.p. Gdyby bowiem przyjąć, że niedopuszczalne jest wymaganie od osoby ubiegającej się o zatrudnienie podania swojej religii lub wyznania, wówczas gwarancja, o której mowa w art. 18^{3b} § 4 k.p., pozostałaby pustą deklaracją, wobec

²³ Wywodzenie dopuszczalności żądania takich informacji przez pracodawcę może być dyskusyjne, trudno bowiem mówić o „uprawnieniu”, z uwagi na fakt, iż zwolnienie udzielane przez pracodawcę w związku ze świętem religijnym nie będącym dniem wolnym od pracy ma charakter fakultatywny - zob. niżej.

²⁴ Wyrok z dnia 13 kwietnia 2006 r. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, *Kosteski v. Macedonia*, 55170/00, LEX nr 176839. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził ponadto, że z art. 9 konwencji nie wynika prawo do zwolnień od pracy.

uniemożliwienia zastosowania uzasadnionego w takim przypadku kryterium religii bądź wyznania, będącego skutkiem niemożności oceny czy osoba taka spełnia to kryterium czy też nie. Wobec powyższego należy opowiedzieć się za dopuszczalnością żądania przez pracodawcę będącego jednym z podmiotów wymienionych w art. 18^{3b} § 4 k.p. takich informacji.

5. Dni świąteczne

Również jedną z instytucji, które mimo iż przepisy je tworzące nie wspominają o wolności sumienia i wyznania, a jednak w sposób istotny przyczyniają się do jej realizacji, są dni wolne od pracy, którymi zgodnie z art. 151⁹ § 1 k. p. są niedziele i święta określone w przepisach o dniach wolnych od pracy. Zasadą jest, iż w tych dniach praca w ramach stosunku pracy jest niedozwolona, pomijając przewidziane w Kodeksie Pracy lub ustawach szczególnych wyjątki.

W pierwszej kolejności nie sposób nie zauważyć, że ustanowienie niedzieli dniem wolnym od pracy, oprócz realizacji zasady tygodniowego odpoczynku (art. 133 § 1 k. p.)²⁵ umożliwia realizację jednego z nakazów religijnych głównego wyznania w Polsce, jakim jest religia katolicka, a także większości wyznań chrześcijańskich²⁶.

Kolejną godną podniesienia kwestią jest wybór dni uznanych za święta w rozumieniu Kodeksu Pracy, który w tym zakresie odsyła do przepisów o dniach wolnych od pracy. Przepisy te zawiera ustawa o dniach wolnych od pracy²⁷. W większości wypadków dni te nie tylko pokrywają się ze świętami katolickimi²⁸, lecz wręcz odwołują się do nich poprzez użytą terminologię, a w niektórych wypadkach nawet skutkują recepcją prawa kanonicznego na skutek faktu, iż ujętych w tym katalogu tzw. świąt ruchomych nie wyznacza prawo świeckie, lecz odpowiednie

²⁵ Zob. też art. 133 § 3 i 151¹² k. p.

²⁶ Zob. Z. Zarzycki, *Konkordatowe i pozakonkordatowe gwarancje poszanowania niedzieli i dni świątecznych jako dni wolnych od pracy*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe”, Nr 3 (III): *Konkordaty pomiędzy Stolicą Apostolską a Polską. Stosunki Państwo-Kościół*, pod red. Jana Staszkiwa, Kraków 2006, s. 99-117.

²⁷ Dz.U. z 1951 r., nr 4, poz. 28 z późn. zm.

²⁸ O świątach w kontekście prawa Kościoła Katolickiego (prawa kanonicznego) i prawa pracy pisze M.A. Mielczarek, *Kanonicznoprawna regulacja świąt religijnych a prawo pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2010, nr 2, s. 67-71.

normy prawa kanonicznego²⁹. Trudno uzasadniać je inaczej, aniżeli formą zagwarantowania możliwości obchodzenia świąt przez członków najliczebniejszego w Polsce wyznania.

Z punktu widzenia ochrony wolności sumienia i wyznania niezwykle istotne jest zapewnienie możliwości realizacji tego samego uprawnienia przez wyznawców religii, których święta nie pokrywają się z wyżej wskazanym katalogiem ustawowym. Gwarancji takiej jednak próżno szukać w Kodeksie Pracy, stąd być może pomijają ją niektóre komentarze³⁰. Stanowi ją bowiem art. 42 ust. 1 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, który wprowadza prawo do uzyskania przez takich wyznawców zwolnienia od pracy na czas niezbędny do obchodzenia tychże świąt. Jest ono realizowane na „prośbę” samego zainteresowanego, bądź na wniosek swoich rodziców lub opiekunów prawnych w przypadku osoby niepełnoletniej (art. 42 ust. 3). Jest ono jednak zależne od woli pracodawcy, gdyż nie ma on obowiązku udzielić takiego zwolnienia³¹, choć niektórzy autorzy jego nieudzielanie skłonni są traktować w kategoriach naruszenia zakazu dyskryminacji³².

Szczegółowe zasady udzielania takiego zwolnienia reguluje wydane na podstawie delegacji art. 42 ust. 4 rozporządzenie Ministrów Pracy i Polityki Socjalnej oraz Edukacji Narodowej z dnia 11 marca 1999 r.³³. Przewiduje ono konieczność zgłoszenia takiej prośby w terminie 7 dni

²⁹ Ustawa o dniach wolnych od pracy przewiduje następujące święta: 1 stycznia - Nowy Rok, pierwszy i drugi dzień Wielkiej Nocy, 1 maja - Święto Państwowe, 3 maja - Święto Narodowe Trzeciego Maja, pierwszy dzień Zielonych Świątek, dzień Bożego Ciała, 15 sierpnia - Wniebowzięcie Najświętszej Maryi Panny, 1 listopada - Wszystkich Świętych, 11 listopada - Narodowe Święto Niepodległości, 25 grudnia - pierwszy dzień Bożego Narodzenia, 26 grudnia - drugi dzień Bożego Narodzenia.

³⁰ Zob. przykładowo M. Nałęcz [w:] *op. cit.*, s. 701-702; M. T. Romer, *op. cit.*, s. 895 - 896.

³¹ Zob. też tabelę świąt Kościołów posiadających ustawę indywidualną w: M. Stojek – Siwińska (red.), *Prawo pracy 2008*, Warszawa 2008, s. 444 – 445. Por. A. Mezglewski, *op. cit.*, s. 196-200; Z. Zarzycki, *Konkordatowe i pozakonkordatowe gwarancje...*, s. 102-106.

³² Tak np. K. Kolasiński, *Prawo pracy i zabezpieczenia społecznego*, Toruń 1999, s. 45.

³³ Rozporządzenie Ministrów Pracy i Polityki Socjalnej oraz Edukacji Narodowej z dnia 11 marca 1999 r. w sprawie zwolnień od pracy lub nauki osób należących do kościołów i innych związków wyznaniowych w celu obchodzenia świąt religijnych nie będących dniami ustawowo wolnymi od pracy (Dz. U. z 1999 r., nr 26, poz. 235).

przed dniem zwolnienia, zaś pracodawca winien zawiadomić pracownika o warunkach odpracowania zwolnienia nie później niż na 3 dni przed dniem zwolnienia. W przypadku jednak świąt przypadających w określonym dniu każdego tygodnia, pracodawca na prośbę pracownika, ustala dla niego indywidualny rozkład czasu pracy. Rozwiązanie takie należy ocenić negatywnie – brak bowiem jasnych zasad, według których taki rozkład czasu pracy miałby nastąpić, jak również terminu w jakim należałoby go ustalić.

6. Wypełnianie obowiązków religijnych w czasie pracy

Powyższe aspekty związane z realizacją wolności sumienia i wyznania doczekały się pewnych ogólnych uregulowań. Poza zakresem normowania polskiego ustawodawstwa prawa pracy znalazły się jednak bardzo istotne z punktu widzenia ochrony tej wolności kwestie.

Przykładem takiej luki jest dokonywanie określonych czynności religijnych w czasie pracy, a więc o realizację wskazanego w art. 2 pkt 5 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania uprawnienia do wypełniania obowiązków religijnych. Jest to uprawnienie odrębne od wyżej omówionego prawa do obchodzenia świąt religijnych, jego realizacja bowiem nie wymaga zwolnienia od pracy na cały dzień, a jedynie na określony czas, często bardzo krótki. Najczęstszym przykładem takiego obowiązku będzie modlitwa (zwłaszcza w religiach muzułmańskich), do której prawo formułuje *expressis verbis* sama Konstytucja (art. 53 ust. 2).

W Kodeksie Pracy brak jest unormowań pozwalających na żądanie od pracodawcy udzielenia czasu wolnego od pracy w celu realizacji tego uprawnienia. Z drugiej strony Kodeks Pracy nie zawiera przepisów, które by w sposób jasny wskazywały na wyłączenie tego uprawnienia. Zgodnie więc z podstawowymi regułami interpretacji aktów prawnych, zwłaszcza w kontekście hierarchii źródeł polskiego prawa, trzeba przyjąć, że pracownikowi przysługuje prawo do wypełniania obowiązków religijnych w czasie pracy. Należy jednak przyjąć, że tylko wtedy gdy nakazy wyznawanej religii formułują taki bezwzględny obowiązek, nie zaś

w sytuacji, gdy pracownik nie działa w jego wykonaniu, lecz z własnej „inicjatywy” (choć kwestia ta może być dyskusyjna), a zarazem tylko, gdy nakazy te przewidują taki obowiązek o określonej porze, pokrywającej się w tym zakresie z czasem pracy³⁴.

Regulacja tej kwestii winna znaleźć się w Kodeksie Pracy, bądź w samej umowie o pracę. Nie sposób jednak nie zauważyć, że podniesienie przez ubiegającego się o pracę konieczności tego typu zwolnień od pracy w trakcie negocjacji jej warunków może w ocenie pracodawcy znacząco zmniejszyć przydatność takiego pracownika, a w konsekwencji doprowadzić do odmowy zatrudnienia, które w takim przypadku można uważać za dyskryminację ze względu na kryterium wyznawanej religii. Wobec powyższego oraz z uwagi na prawo do nieujawniania swojej religii, kwestia ta w praktyce nie zostanie uregulowana na etapie ustalania warunków pracy, dlatego tak ważne jest by również ten element wolności sumienia i wyznania został uregulowany w Kodeksie Pracy.

7. Obowiązek wykonywania czynności należących do zakresu wykonywanej pracy oraz poleceń pracodawcy a wolność sumienia i wyznania

Kolejnym problemem, który doczekał się szczątkowego zupełnie uregulowania i tylko w niektórych pragmatykach zawodowych³⁵ jest odmowa wykonywania niektórych czynności należących do zakresu wykonywanej pracy oraz tych poleceń pracodawcy, które mogłyby pozostawać w kolizji z zaleceniami wyznawanej przez pracownika religii (zagadnienie to potocznie jest określane „klauzulą sumienia”). Prawo do ta-

³⁴ Tak również M.A. Mielczarek, *Wolność wyznania a realizacja stosunku pracy*, „Studia Prawno – Ekonomiczne” 2005 (72), s. 154. Warto również odnotować wskazywany przez autora problem realizacji przez pracodawcę art. 232 k. p. nakazującego zapewnienie pracownikom zatrudnionym w szczególnych warunkach odpowiednich posiłków i napojów w kontekście nakazów niektórych religii dotyczących zakazu spożywania niektórych potraw i napojów – zob. *ibidem*, s. 159-163.

³⁵ Zob. niżej.

kiej odmowy niewątpliwie wynika z faktu, że wolność sumienia i wyznania zakłada możliwość postępowania według obranej przez siebie religii.

Problem ten jest niezwykle istotny w stosunkach pracy. Niezbędne jest bowiem zrównoważenie interesów pracodawcy, który ponosi koszty ekonomiczne zatrudniania pracownika, a który ma prawo oczekiwać wypełniania przez pracownika obowiązków wynikających ze stosunku pracy, jak również poleceń pracodawcy, oraz wolności sumienia i wyznania pracownika. Wydaje się, iż konieczne jest odróżnienie dwóch sytuacji.

W pierwszej, gdy z istoty samej pracy wynika konieczność dokonywania czynności niezgodnych z zaleceniami wyznawanej przez pracownika religii, należałoby się opowiedzieć za interpretacją, zgodnie z którą pracownik dobrowolnie ograniczył się w korzystaniu z przysługującej mu wolności sumienia i wyznania. W konsekwencji nie mógłby się uchylić od dokonywania takich czynności (analogicznie do poleceń pracodawcy związanych z istotą takiej pracy). Rozwiązanie takie ma na celu zapobieżenie możliwości nadużywania wolności sumienia i wyznania przez pracowników do uchylania się od pracy.

Druga sytuacja obejmuje przypadki, gdy co prawda sama natura pracy nie wiąże się z koniecznością postępowania wbrew przekonaniom religijnym przez pracownika (nie stanowią one jej istoty), lecz dotyczą one jedynie pewnego wycinka działań wykonywanych w ramach stosunku pracy. Wówczas wydaje się konieczne umożliwienie pracownikowi uchylecia się, bez ponoszenia ujemnych konsekwencji, od ich dokonywania.

Za taką interpretacją wydaje się opowiadać Trybunał Konstytucyjny, który w powoływanym już wyżej orzeczeniu stoi na stanowisku, iż już sama wolność sumienia i wyznania przysługująca pracownikowi uprawnia go do odmowy dokonania takich czynności. Jednym ze skutków tego orzeczenia było uregulowanie stanowiącej bezpośredni przedmiot orzeczenia sprawy odmowy dokonania aborcji przez lekarza³⁶.

³⁶ Zob. art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza (t. jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 277, poz. 1634 z późn. zm.). Analogiczne uprawnienie do powstrzymania się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jej sumieniem posiada pielęgniarka i położna na gruncie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 roku o zawodach pielęgniarki i położnej (t. jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1435 z późn. zm.).

W omawianej sytuacji należy się także opowiedzieć za interpretacją pozwalającą na odmowę wykonania polecenia pracodawcy z uwagi na sprzeczność z wyznawanymi przez pracownika poglądami natury religijnej. Za przykłady podaje się odmowę pochowania zwłok przez grabarza ze względu na wyznanie lub bezwyznaniowość zmarłego oraz odmowa wykonywania utworów religijnych przez muzyka³⁷.

Trzeba też zauważyć, że wydawanie przez pracodawcę poleceń dokonania czynności pozostających w kolizji z religią pracownika może mieć charakter szykan, mających na celu bądź poniżenie pracownika, bądź ukrytą formę skłonienia go do wypowiedzenia umowy o pracę. Takie zachowanie być może należałoby traktować w obecnym stanie prawnym jako formę mobbingu (art. 94³ § 2 k. p.), przy czym trzeba podkreślić, iż regulacje Kodeksu Pracy w zakresie mobbingu stanowią niewystarczającą gwarancję wolności sumienia i wyznania w takim przypadku, gdyż formułują jedynie uprawnienia do zadośćuczynienia (art. 94³ § 3 k. p.) i odszkodowania (art. 94³ § 4 k. p.).

8. Manifestowanie przekonań religijnych

Jednym z aspektów wolności sumienia i wyznania jest możliwość jej uzewnętrzniania, poprzez wyrażanie swoich przekonań religijnych, z czego można wnosić o przysługiwaniu takiego uprawnienia również pracownikowi. Warto w tym kontekście wskazać, że nawet w przypadku stosunków pracy, w których niezbędna jest bezstronność pracownika, prawo wyłącza możliwość publicznego manifestowania swoich poglądów politycznych, jednak nie wyłącza tego uprawnienia w stosunku do przekonań religijnych³⁸ (zob. art. 78 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej³⁹).

Zob. dawniej: art. 23 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz. U. Z 2001 r., nr 57, poz. 602 z późn. zm.). Por. P. Stanisławski [w:] *Prawo...*, s. 104-107.

³⁷ H. Szewczyk, *Ochrona dóbr osobistych w zatrudnieniu*, Warszawa 2007, s. 136. Por. M. Winiarczyk – Kossakowska, *Wolność sumienia i religii*, *Studia Prawnicze* 2001, nr 1, s. 39.

³⁸ T. Zieliński, G. Goździewicz [w:] *op. cit.*, s. 102-103.

³⁹ Dz.U. z 2008 r., nr 227, poz. 1505 z późn. zm.

Nie został jednak przesądzony zakres tego uprawnienia przysługującego pracownikowi. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy wypowiedział się jedynie, że manifestowanie przekonań religijnych „w sposób nadmierny w stosunkach pracowniczych stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego obowiązujących w państwowej jednostce organizacyjnej”⁴⁰.

Możliwość wyrażania przekonań religijnych przysługuje również pracodawcy, w związku z tym pojawia się kwestia, czy manifestowanie ich przez pracodawcę może naruszać wolność sumienia i wyznania pracowników. Problem ten także znajduje się poza zakresem bezpośredniego normowania przez prawo pracy. Rozstrzygając ewentualne spory, można posilkować się orzecznictwem, które wskazało, iż wolności sumienia i wyznania nie narusza zawieszenia krzyża⁴¹, zaś naruszenie takie może stanowić tolerowanie przez pracodawcę wieszania aktów kobiecych obok symboli religijnych (przy czym nie uprawnia to pracownika do odmowy wykonywania obowiązków pracowniczych)⁴².

9. Podsumowanie

Ocena obecnie obowiązującego prawa pracy pod kątem zapewnienia przysługującej każdemu pracownikowi wolności sumienia i wyznania nie może być jednoznaczna. W ramach systemu prawa pracy bezpośrednio i stosunkowo wyczerpującej regulacji doczekała się właściwie wyłącznie kwestia dyskryminacji ze względu na religię i wyznanie. Niektóre kwestie zostały uregulowane poza systemem źródeł prawa pracy, jednak w sposób, który nie chroni w pełni wolności sumienia i wyznania

⁴⁰ Orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 6 września 1990 r., I PRN 38/90, OSNCP 1991, nr 10-12, poz. 126.

⁴¹ Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 28. października 1998, I Aca 612/98, OSA 1999, nr 6, poz. 26; OSAŁ 1998, nr 2-3, poz. 26; OSP 1999, nr 10, poz. 177; „Wokanda” 1999, nr 11, poz. 44, LEX nr 37377. Orzeczenie to jednak nie jest sformułowane na gruncie przepisów prawa pracy, lecz opiera się na interpretacji dobra osobistego, jakim jest wyznanie w rozumieniu art. 23 k. c., z uwagi jednak na obowiązek poszanowania przez pracodawcę dóbr osobistych pracownika (art. 11² k. p.) wydaje się, iż może znaleźć zastosowanie również do stosunków pracy.

⁴² Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1999 r., I PKN 90/99, OSNP 2000, nr 16, poz. 612. Zob. też H. Szewczyk, *Wolność sumienia i religii w stosunkach zatrudnienia*, Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej 2006, s. 40.

pracowników (przepisy ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania w zakresie zwolnień od pracy na czas obchodzenia świąt religijnych). Niektóre inne aspekty o podstawowym zupełnie znaczeniu doczekały się jedynie regulacji szczątkowej w niektórych ustawach (odmowa wykonania obowiązków pracowniczych sprzecznych z wyznawaną przez siebie religią).

Nie sposób nie zauważyć, że cały szereg istotnych z punktu widzenia zapewnienia w ramach stosunku pracy tej podstawowej dla jednostki ludzkiej wolności, nie doczekał się w ogóle unormowań (praktyki religijne w pracy, polecenia pracodawcy sprzeczne z zasadami religii wyznawanej przez pracownika, manifestowanie przekonań religijnych). Braki te są szczególnie widoczne na gruncie Kodeksu Pracy, którego miejsce i rola w systemie źródeł prawa pracy powoduje, że powinien on zawierać podstawowe regulacje z zakresu ochrony praw człowieka, do których należy przecież wolność sumienia i wyznania.

Freedom of conscience and religion according to the Polish Constitution includes right to celebrate holy days, right to manifest one's religion, but also right to act in accordance with one's religious beliefs. Due to such a wide range of this freedom it is often in conflict with the provisions of the labour law, which introduce obligation of being available for work and the employee's duty to execute commands given by employer. Analysis of Polish labour law leads to the conclusion, that only part of the conflicts between labour law obligations and freedom of conscience and religion was regulated. In fact, Polish Labour Code includes only provisions on non-discrimination and the celebration of holy days. Issues concerning fulfilment of religious obligations at work and refusal to perform duties (employer's orders) that are contrary to the employee's religious beliefs were completely omitted. The issue of manifesting religious beliefs in the workplace also isn't regulated. Under current law, in the absence of specific regulations and pro-constitutional interpretation of labour law, it seems that such conflicts should be resolved in favour of the freedom of conscience and religion. It means that employees have right to refuse to perform duties (employer's orders) contrary to the employees' religious beliefs and the right to manifest beliefs in the workplace, as well as right to do religious activities (a.e. saying a prayer) in

the workplace. Nonetheless there should be appropriate changes in labour law, that will clearly states about these rights, as well as protect the interest of the employer, which is not properly protected in the present legislation.

Dorota Przeklasa*

Koncepcja profilowania pomocy dla osób bezrobotnych jako nowy instrument poprawy jakości usług świadczonych przez powiatowe urzędy pracy

Publiczne Służby Zatrudnienia w Polsce od 27 maja 2014 r. realizują zadania wynikające z nowelizacji ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Reforma urzędów pracy wprowadza nowy sposób postępowania przy obsłudze bezrobotnych – koncepcję profilowania pomocy dla osób bezrobotnych. W założeniu ma ona pozwolić na dostosowanie do indywidualnych potrzeb klienta dostępnych form pomocy urzędu pracy w celu ich optymalnego wykorzystania i właściwego adresowania. Ustalono zostały trzy profile pomocy: profil pomocy I – przewidziany dla osób aktywnych, profil pomocy II – dedykowany osobom wymagającym wsparcia oraz profil pomocy III – obejmujący osoby oddalone od rynku pracy. Niestety, wdrażanie tych rozwiązań prawnych budzi wiele pytań i wątpliwości opinii społecznej co do dyskryminacyjnego charakteru oraz braku przejrzystości koncepcji profilowania. W literaturze przedmiotu trudno znaleźć głębsze opracowania dotyczące tego tematu, a zatem niniejszy artykuł uzupełnia lukę w tym zakresie.

* Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktorantką w Katedrze Prawa Administracyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1. Wprowadzenie

Zapobieganie i zwalczanie bezrobocia należy do głównych zadań polityki każdego kraju¹. Korzystne zmiany na rynku pracy w Polsce można było obserwować do końca 2008 r. W 2009 r. nastąpiło załamanie optymistycznych prognoz, po raz pierwszy od kilku lat bezrobocie znacznie wzrosło. W kolejnych latach sytuacja stabilizowała się, odnotowano wyhamowanie tempa wzrostu bezrobocia, chociaż jego poziom nadal zwiększa się z roku na rok. Sytuacja w kraju nie różni się znacząco od tego, co aktualnie obserwujemy w innych państwach europejskich. Utrzymujące się spowolnienie gospodarek zagranicznych ma także wpływ na opóźnienie rozpoczęcia procesu wyjścia z fazy kryzysu w Polsce. Niestety, ma to również bardzo duże znaczenie dla poziomu bezrobocia i sytuacji na rynku pracy. W grudniu 2013 r. w rejestrach urzędów pracy figurowało 2 157,8 tys. osób, o 21,0 tys. bezrobotnych więcej niż rok wcześniej².

Ogólne ramy polityki rynku pracy ustalane są na szczeblu krajowym. Minister właściwy do spraw pracy kształtuje i koordynuje politykę państwa dotyczącą rynku pracy. Natomiast samorządy terytorialne, zarówno wojewódzkie jak i powiatowe, określają i koordynują politykę regionalnego i lokalnego rynku pracy zgodnie z jego potrzebami. Formy i zakres tych programów wyraża ustawa *o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy*³. W Polsce na politykę rynku pracy składają się działania aktywne oraz pasywne, których adresatami są klienci powiatowych urzędów pracy; przy czym działania aktywne mają pierwszeństwo przed pasywnymi.

W ostatnich latach coraz częściej pojawiały się głosy opinii społecznej, że konieczna jest zmiana podejścia do problemu bezrobocia, reforma publicznych służb zatrudnienia i skuteczniejsze ich działanie. Od 27 maja 2014 r. urzędy pracy realizują nowe zadania wynikające z ustawy *o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy*

¹ G. Dieckheuer, *Makroekonomik*, Berlin 2003, S. 267.

² Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, *Sytuacja na rynku pracy w Polsce*, Warszawa 2014, http://www.psz.praca.gov.pl/_files/_dokumenty_dla_psz/01_14_sytuacja_na_rynku_pracy_w_polsce.doc, dostęp: 31.07.2014.

³ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. – o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn.: Dz.U. 2015 r. poz. 149) – przywoływana dalej jako „ustawa”.

oraz niektórych innych ustaw⁴. Wiodącym celem ustawy nowelizującej jest wzmocnienie oddziaływania polityki rynku pracy w zakresie łagodzenia skutków niedopasowania strukturalnego, szczególnie pod kątem kompetencji i kwalifikacji osób bezrobotnych oraz wzrost zatrudnienia. W związku z tym koncentruje się ona na następujących obszarach⁵:

- zwiększeniu efektywności działań urzędów pracy,
- poprawie jakości usług świadczonych bezrobotnym,
- nowych narzędziach wspierających tworzenie miejsc pracy,
- wsparciu pracodawców zatrudniających młodych pracowników,
- pomocy dla pracodawców zatrudniających osoby w wieku 50+,
- powstaniu Krajowego Funduszu Szkoleniowego.

Jedna z wyżej wymienionych płaszczyzn – poprawa jakości usług świadczonych bezrobotnym – jest nierozdzielnie związana z profilowaniem pomocy udzielanej bezrobotnym. Ograniczone środki finansowe oraz niejednokrotnie skromne zasoby kadrowe obligują powiatowe urzędy pracy do planowania oraz właściwego adresowania dostępnych form pomocy tym bezrobotnym, którzy tego wsparcia potrzebują i chcą z niego skorzystać. Sposobem, który pozwala na ustalenie indywidualnych potrzeb osób bezrobotnych oraz zaproponowanie odpowiedniej usługi jest określenie potencjału zatrudnieniowego. Na podstawie tej informacji urzędy pracy mogą adekwatnie określać działania aktywizacyjne, których *de facto* oczekuje ich klient oraz efektywniej wykorzystywać swój potencjał kadrowy i finansowy.

⁴ Ustawa z dnia 14 marca 2014 r. - o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2014 poz. 598) – przywoływana dalej jako „ustawa nowelizująca”.

⁵ Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, *Uzasadnienie projektu ustawy*, Warszawa 2013, <http://www.mpips.gov.pl/download/gfx/mpips/pl/defaultopisy/8216/7/1/Uzasadnienie%20projektu%20ustawy%20przekazanego%20do%20Sejmu.pdf>, dostęp: 31.07.2014.

2. Polska koncepcja profilowania oraz rozwiązania przyjęte w innych państwach Unii Europejskiej

Polska od wielu lat ma szansę obserwować działania i doświadczenia innych państw zachodniej Europy oraz przyjmować i udoskonalać wybrane, sprawdzone i skuteczne ich rozwiązania. Jednym z nich niewątpliwie jest koncepcja profilowania pomocy dla osób bezrobotnych. Jednakże bardzo trudno porównywać polskie kierunki rozwoju polityki rynku pracy z podobnymi systemami funkcjonującymi w innych krajach UE. U podstaw tych różnic leżą odmienne uwarunkowania gospodarcze, polityczne oraz systemowe. Stosowane przez inne państwa techniki profilowania wynikają z różnych założeń i podejść metodologicznych. Od dnia 27 maja 2014 r., aktem, który w Polsce reguluje kwestię profilowania pomocy dla bezrobotnych jest *rozporządzenie w sprawie profilowania pomocy dla bezrobotnego*⁶ oraz znowelizowana ustawa *o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy*. Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej wymienia trzy dominujące systemy profilowania:

- pierwszy bazuje na ocenie potrzeb i potencjału zawodowego bezrobotnego przez przygotowanego do tego pracownika urzędu pracy,
- drugi polega na selekcji grupowej, która pozwala na wyodrębnienie spośród osób bezrobotnych określonych grup, na podstawie wspólnych cech ich członków (np. wieku, poziomu wykształcenia),
- trzecie podejście posługuje się tzw. modelowaniem ekonometrycznym, które jest oparte o specjalne algorytmy matematyczne, biorące pod uwagę indywidualne dane klienta urzędu pracy oraz uwarunkowania lokalnego rynku pracy.

Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, określając koncepcję profilowania pomocy, połączyło w niej cechy pierwszego i trzeciego systemu (podejścia) profilowania. Jest ona oparta na klasycznym kwestionariuszu wywiadu z klientem urzędu pracy, podczas którego - dzięki systemowi

⁶ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 maja 2014 r. – w sprawie profilowania pomocy dla bezrobotnego (Dz.U. 2014 poz. 631) - przywoływane dalej jako „rozporządzenie w sprawie profilowania”.

kodowania uzyskanych informacji i sekwencji ich przeliczania - następuje ustalenie dla bezrobotnego jednego z trzech profili pomocy określonych w ustawie.

Inspiracją dla polskiej koncepcji profilowania pomocy dla bezrobotnych są regulacje prawne oraz praktyki obowiązujące w takich krajach jak: Holandia, Wielka Brytania i Francja.

W Holandii wszyscy bezrobotni rejestrują się w Instytucji Zarządzania Ubezpieczeniami Pracowniczymi (UWV). Obowiązuje tam model kilkustopniowej segmentacji osób bezrobotnych. Ich klasyfikacja przeprowadzana jest przy pierwszym spotkaniu z pracownikiem socjalnym w UWV. Po przeprowadzeniu wywiadu, bezrobotni przypisywani są do czterech grup, które z czasem uproszczono do dwóch (bezrobotnych wymagających pośrednictwa pracy oraz potrzebujących pomocy reintegracyjnej).

W Wielkiej Brytanii występuje zintegrowany system obsługi osób bezrobotnych. Podstawowym kryterium w profilowaniu pomocy jest rodzaj przyznanego świadczenia. W celu uzyskania zasiłku osoba bezrobotna rejestruje się w lokalnym Jobcentre Plus (JCP), który przyznaje jej odpowiedni rodzaj zasiłku (np. Jobseeker's Allowance, Employment Support Allowance). Bezrobotni podzieleni są na osiem grup. Kryterium gradacji stanowi rodzaj otrzymywanego świadczenia, wiek osoby oraz oddalenie od rynku pracy. Przyporządkowanie do określonej grupy płatności ma w założeniu odpowiadać prawdopodobieństwu zatrudnienia osoby bezrobotnej.

We Francji nie występuje bezpośrednia klasyfikacja bezrobotnych na grupy. Ich ocena dokonywana jest indywidualnie, z uwzględnieniem oddalenia jednostki od rynku pracy oraz osobistej sytuacji osoby. W efekcie tych działań do prywatnych agencji zatrudnienia kierowane są osoby z dużymi problemami wejścia lub powrotu na rynek pracy, które pozostają bezrobotne powyżej roku oraz pracownicy, którzy mają utracić pracę z powodu redukcji zatrudnienia⁷.

⁷ KPMG, *Nowe podejście do aktywizacji osób bezrobotnych. Doświadczenia polskie i międzynarodowe*, Warszawa 2013, <http://www.kpmg.com/PL/pl/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/2013/Nowe-podejscie-do-aktywizacji-osob-bezrobotnych-2013.pdf>, dostęp: 31.07.2014.

Analizując praktyki krajów UE w kwestii profilowania pomocy dla osób bezrobotnych można zauważyć, że znaczna większość stosowanych metod w tym zakresie powiązana jest z modelowaniem ekonometrycznym. Należy jednak zaznaczyć, iż do tej pory nie powstał jeszcze uniwersalny, wzorcowy i niezawodny model profilowania, który można byłoby z powodzeniem wdrażać we wszystkich krajach zainteresowanych właściwym adresowaniem form pomocy dla klientów urzędów pracy.

3. Charakterystyka zmiennych profilowania

Powiatowy urząd pracy niezwłocznie po rejestracji ustala dla bezrobotnego profil pomocy. Jest on określany na podstawie dwóch zmiennych: oddalenia od rynku pracy i gotowości do wejścia lub powrotu na rynek pracy. Dla ustalenia profilu pomocy wykorzystywany jest elektroniczny „kwestionariusz wywiadu”, który składa się z 24. pytań zamkniętych oraz określonych wariantów odpowiedzi.

Zgodnie z rozporządzeniem w sprawie profilowania, powiatowy urząd pracy, identyfikując oddalenie osoby bezrobotnej od rynku pracy, bierze pod uwagę czynniki utrudniające bezrobotnemu wejście lub powrót na rynek pracy; są to: płeć, wiek, poziom wykształcenia, uprawnienia i doświadczenie zawodowe, umiejętności, stopień niepełnosprawności, czas pozostawania bez pracy, miejsce zamieszkania (z uwzględnieniem oddalenia od potencjalnych miejsc pracy), dostęp do nowoczesnych form komunikowania się z pracodawcami i powiatowym urzędem pracy. Zmienną tę bada 12 pytań zawartych w kwestionariuszu.

Określając gotowość do wejścia lub powrotu na rynek pracy, bierze się pod uwagę czynniki wskazujące na potrzebę i chęć osoby bezrobotnej do podjęcia pracy; są to: dyspozycyjność, zaangażowanie w samodzielne poszukiwanie pracy, powody skłaniające do podjęcia pracy, motywy rejestracji w powiatowym urzędzie pracy, gotowość dostosowania się do wymagań rynku pracy, dotychczasowa oraz aktualna chęć współpracy z urzędem pracy, pracodawcami oraz innymi instytucjami rynku pracy. Zmienną tę bada 11 pytań wskazanych w kwestionariuszu.

Jedno z pytań, w zależności od udzielonej przez osobę bezrobotną odpowiedzi, stosowane jest do określenia zarówno zmiennej oddalenia

od rynku pracy, jak i zmiennej gotowości do wejścia lub powrotu na rynek pracy (dotyczy ono wskazania przyczyn utrudniających podjęcie pracy).

Kwestionariusz do profilowania zbudowany jest z dwóch integralnych części. Pierwsza z nich zawiera osiem pytań, które dotyczą danych osoby bezrobotnej i są dostępne w karcie rejestracyjnej klienta urzędu pracy (np. wieku, poziomu wykształcenia, stopnia niepełnosprawności bezrobotnego). Odpowiedzi na te pytania generują się automatycznie. Druga część kwestionariusza składa się z szesnastu pytań, które pracownik zadaje osobie bezrobotnej (dotyczą one m. in. wskazania powodu rejestracji w urzędzie pracy, działań podejmowanych w celu zwiększenia szans na podjęcie pracy, gotowości do kontaktu z urzędem).

Ważną rolę w procesie profilowania pomocy przypisuje się kompletności i rzetelności danych zawartych w karcie rejestracyjnej, które są pozyskiwane od bezrobotnego podczas rejestracji w urzędzie pracy oraz jakości i prawdziwości informacji przekazywanych przez tę osobę podczas wywiadu.

4. Profile pomocy oraz formy pomocy stosowane w ramach profili

Ustawa w art. 33 ust. 2c wskazuje trzy profile pomocy oraz katalog form pomocy, które są przewidziane w ramach poszczególnych profili pomocy. Ustawodawca wprowadza:

- profil pomocy I – przewidziany dla osób aktywnych,
- profil pomocy II – obejmuje osoby wymagające wsparcia,
- profil pomocy III – przewidziany dla bezrobotnych oddalonych od rynku pracy.

Powiatowy urząd pracy niezwłocznie po rejestracji osoby bezrobotnej, ustala dla niej profil pomocy, oznaczający właściwy ze względu na potrzeby bezrobotnego zakres form pomocy. Następnie, nie później niż w terminie 60 dni, przygotowuje indywidualny plan działania (IPD), realizowany w okresie nie dłuższym niż:

- 180 dni – dla profilu pomocy I,
- 540 dni – dla profilu pomocy II,

- 720 dni – dla profilu pomocy III.

Indywidualny plan działania sporządza doradca klienta wspólnie z bezrobotnym. Zawiera on opis działań możliwych do zastosowania przez urząd oraz program do samodzielnej realizacji przez osobę bezrobotną. Powiatowy urząd pracy, ustalając profil pomocy, a następnie przygotowując IPD i zapisując w nim określone formy pomocy kieruje się zarówno potrzebami klienta, jak i zasadami celowego wydatkowania środków publicznych, gwarantujących uzyskanie optymalnych efektów z danych nakładów.

Ponowne określenie profilu pomocy może nastąpić, jeśli w trakcie realizacji działań wynikających z IPD zmieni się sytuacja osoby bezrobotnej (np. uzyskanie orzeczenia o niepełnosprawności, ukończenie szkoły), uznana przez bezrobotnego lub urząd za uzasadnioną przyczynę do ustalenia nowego profilu. W przypadku, gdy w wyniku realizacji IPD nie udało się doprowadzić bezrobotnego do podjęcia pracy odpowiednio w okresie 180, 540 lub 720 dni, dokonywana jest analiza realizacji IPD i ponownie zostaje ustalony profil pomocy.

4.1. Profil pomocy I

Pierwszym profilem pomocy objęci są bezrobotni aktywni. Dla tej grupy podstawową formą pomocy jest pośrednictwo pracy, a także w uzasadnionych przypadkach poradnictwo zawodowe lub inne formy pomocy określone w ustawie, tj.:

- finansowanie szkoleń w celu podniesienia kwalifikacji zawodowych, innych kwalifikacji zwiększających szansę na utrzymanie i podjęcie zatrudnienia, innej pracy zarobkowej lub działalności gospodarczej,
- finansowanie kosztów egzaminów umożliwiających uzyskanie dyplomów, świadectw, zaświadczeń, określonych uprawnień zawodowych, tytułów zawodowych oraz kosztów uzyskania licencji niezbędnych do wykonywania danego zawodu,
- zwrot kosztów przejazdu z miejsca zamieszkania i powrotu do miejsca zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej, lub przez okres odbywania u pracodawcy przygotowania zawodowego dorosłych, stażu lub odbywania zajęć poradnictwa zawodowego,

- przyznanie jednorazowo środków na podjęcie działalności gospodarczej, pokrycie kosztów pomocy prawnej, konsultacji i doradztwa związane z rozpoczęciem tej działalności,
- przyznanie pracodawcy świadczenia aktywizacyjnego z tytułu zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy skierowanego bezrobotnego rodzica powracającego na rynek pracy po przerwie związanej z wychowaniem dziecka lub bezrobotnego sprawującego opiekę nad osobą zależną, który w okresie 3 lat przed zarejestrowaniem w urzędzie pracy zrezygnował z innej pracy zarobkowej lub zatrudnienia ze względu na konieczność wychowywania dziecka lub sprawowania opieki nad osobą zależną,
- przyznanie pożyczki na podjęcie działalności gospodarczej,
- przyznanie na wniosek osoby bezrobotnej do 30 roku życia bonu szkoleniowego stanowiącego gwarancję skierowania bezrobotnego na wybrane przez niego szkolenie oraz opłacenie kosztów, które zostaną poniesione w związku z podjęciem szkolenia,
- przyznanie na wniosek osoby bezrobotnej do 30 roku życia bonu stażowego stanowiącego gwarancję skierowania do odbycia stażu u pracodawcy wskazanego przez bezrobotnego,
- przyznanie na wniosek osoby bezrobotnej do 30 roku życia bonu zatrudnieniowego,
- przyznanie na wniosek osoby bezrobotnej do 30 roku życia bonu na zasiedlenie w związku z podjęciem poza miejscem dotychczasowego zamieszkania innej pracy zarobkowej, zatrudnienia lub działalności gospodarczej.

Osoby bezrobotne objęte I profilem pomocy są blisko rynku pracy, to najczęściej fachowcy, specjaliści posiadający dodatkowe umiejętności i uprawnienia do wykonywania zawodu. Atutem tej grupy są nie tylko przydatne kwalifikacje, znajomość języków obcych, ale także motywacja do podjęcia pracy, wysokie kompetencje organizacyjne, społeczne oraz łatwość nawiązywania kontaktów. Bezrobotnych z I profilu pomocy

cehuje aktywność, samodzielność, zaangażowanie, elastyczność oraz mobilność⁸.

4.2. Profil pomocy II

Drugim profilem pomocy objęte są osoby bezrobotne wymagające wsparcia. Mogą one korzystać ze wszystkich usług i instrumentów rynku pracy, działań aktywizacyjnych zleconych przez urząd pracy oraz innych form pomocy z wyłączeniem Programu Aktywizacja i Integracja, o którym mowa w art. 62a ustawy.

Profil pomocy II został przewidziany dla osób, które charakteryzują się z reguły przeciętną gotowością do powrotu na rynek pracy oraz średnim od niego oddaleniem. Kwalifikacje zawodowe bezrobotnych z tej grupy często nie korespondują z oczekiwaniami i wymaganiami pracodawców. Niejednokrotnie to właśnie ci klienci urzędów pracy byli przez długi okres aktywni w „szarej strefie”, sprawowali opiekę nad dziećmi, osobami zależnymi lub pracowali w jednym zakładzie pracy i zostali zwolnieni z przyczyn ekonomicznych pracodawcy. Jednostki te zasilają rejestry osób bezrobotnych, gdyż nie mają pomysłu na rozwiązanie własnych problemów, a wierzą w to, że urząd pracy może im pomóc. U niektórych osób można zaobserwować brak motywacji i starań do podjęcia zatrudnienia lub umiejętności autoprezentacji i profesjonalnego przygotowania dokumentów aplikacyjnych. Osoby bezrobotne objęte profilem pomocy II potrzebują wskazówek oraz indywidualnego wsparcia ze strony powiatowego urzędu pracy⁹.

4.3. Profil pomocy III

Trzecim profilem pomocy objęci są bezrobotni oddaleni od rynku pracy, których cechuje niski potencjał zatrudnieniowy. Osoby te mogą

⁸ Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, *Profilowanie pomocy dla osób bezrobotnych. Podręcznik dla pracowników powiatowych urzędów pracy*, Warszawa 2014, s. 16-18.

⁹ Tamże, s. 19-20.

uczestniczyć w Programie Aktywizacja i Integracja, działaniach aktywizacyjnych zleconych przez urząd pracy, programach specjalnych, a także zostać skierowane do zatrudnienia wspieranego u pracodawcy lub podjęcia pracy w spółdzielni socjalnej zakładanej przez osoby prawne oraz w uzasadnionych przypadkach korzystać z poradnictwa zawodowego.

Osoby bezrobotne z tego profilu najtrudniej przywrócić na rynek pracy, bowiem często nie mają one żadnego zawodu bądź posiadają zbyt małe doświadczenie zawodowe lub za długą przerwę w wykonywaniu pracy. U członków tej grupy obserwuje się niejednokrotnie całkowitą utratę motywacji i chęci do pracy, *de facto* nie poszukują zatrudnienia, lecz są zainteresowani tylko tytułem do bezpłatnych świadczeń zdrowotnych lub uzyskaniem zaświadczenia potwierdzającego status osoby bezrobotnej dla celów alimentacyjnych, pomocy społecznej, stypendialnych i wielu innych. W profilu pomocy III znajdują się również osoby, które pracują w szarej strefie lub mieszkają w miejscowościach niekorzystnie oddalonych od lokalnych rynków pracy. Najczęściej bierność zawodowa tych klientów urzędów pracy wynika z ich braku aktywności i świadomego wyboru, aby pozostać poza zatrudnieniem jako beneficjenci pomocy państwa¹⁰.

Zgodnie z § 6 rozporządzenia w sprawie profilowania, urząd pracy, po ustaleniu odpowiedniego profilu pomocy, informuje bezrobotnego, jakimi formami pomocy może być objęty w ramach określonego profilu. Przepisy prawa nie regulują kwestii dotyczącej formy przekazania przez urząd tej informacji. Może to nastąpić ustnie, pisemnie oraz zostać zapisane w karcie rejestracyjnej osoby bezrobotnej. Ustawodawca nie określił również sposobu postępowania w przypadku, w którym klient powiatowego urzędu pracy nie zaakceptuje ustalonego dla niego profilu pomocy. Natomiast w art. 33 ust. 4 ustawy, który wskazuje warunki uprawniające starostę do pozbawienia bezrobotnego statusu osoby bezrobotnej, wprowadzony został pkt 1a, na mocy którego konsekwencją braku zgody na ustalenie profilu pomocy przez osobę bezrobotną jest pozbawienie statusu.

¹⁰ Tamże, s. 22-23.

5. Podsumowanie

Aktywność zawodowa stanowi nieodłączny składnik doświadczenia życiowego każdego dorosłego człowieka, jest czymś pożądanym, wręcz koniecznym. Niestety, na współczesnym rynku pracy jej podaż i popyt nie równoważą się. Bezrobotni często już nie podejmują wysiłku w kierunku zmiany swojej sytuacji zawodowej i życiowej. W takich momentach powinno reagować państwo i społeczeństwo, które przez pracę wyspecjalizowanych służb zobowiązane jest wspierać te jednostki. Bezrobocie jest wielkim wyzwaniem dla polityki każdego państwa. W Polsce, od 27 maja 2014 r., publiczne służby zatrudnienia wykonują nowe zadania wynikające z ustawy nowelizującej. Celem reformy jest usprawnienie funkcjonowania urzędów pracy oraz zapewnienie lepszej obsługi osób poszukujących pracy. Jedną z wiodących zmian jest wprowadzenie obligatoryjnego profilowania pomocy dla bezrobotnych. Zgodnie z założeniem ustawodawcy, wszystkie osoby bezrobotne dzielone są na trzy grupy różniące się poziomem „gotowości do podjęcia pracy” oraz „oddaleniem od rynku pracy”. Zakwalifikowanie do określonego profilu pomocy warunkuje rodzaj działań i form wsparcia, jakie urząd pracy będzie podejmował wobec konkretnego klienta. Niestety, wdrażanie tych rozwiązań prawnych budzi wiele pytań i wątpliwości, dotyczących modelu oraz potrzeby profilowania pomocy dla osób bezrobotnych. Na pierwszy plan wysuwa się zapytanie: Czy państwo może wprowadzać, a urząd pracy urzeczywistniać podział obywateli na tych, którzy „zasługują” lub „nie zasługują” na pomoc publicznych służb zatrudnienia? Czy koncepcja profilowania nie zawiera pewnych elementów dyskryminujących i niosących ryzyko wykluczenia społecznego? - dotyczy to choćby pozyskiwania przez urząd pracy danych o stanie zdrowia lub karalności bezrobotnych. Poza tym kontrowersyjny jest fakt, iż profilowanie ma przymusowy charakter i obliuguje bezrobotnego do wyrażenia zgody na określenie profilu pomocy.

Równie niepokojące wydaje się nadmierne obciążenie powiatowych urzędów pracy dodatkowymi zadaniami. Dyrektorzy Powiatowych Urzędów Pracy w Rzeszowie, Krośnie i Nowym Dworze Gdańskim, z którymi PAP przeprowadziła wywiad w dniu 27 kwietnia 2014 r., są

zgodni, że nowelizacja ustawy niewiele zmieni na rynku pracy, a urzędy nie wywiążą się z nałożonych na nie obowiązków:

„Czy ustawodawca pomyślał, co zrobią takie urzędy pracy, jak np. w Łodzi, Warszawie czy Rzeszowie, które mają zarejestrowanych powyżej 20 tys. osób bezrobotnych? Jak sprofilują ostatniego bezrobotnego, to pierwszego trzeba będzie już drugi raz profilować. To nie jest takie proste. Założenie, że profilowanie ma trwać 7-8 minut jest nierealne”. – zadaje retoryczne pytania Adam Panek, Dyrektor Powiatowego Urzędu Pracy w Rzeszowie.

„W moim urzędzie obsługujemy 10 tys. bezrobotnych, a mam w sumie 60 pracowników. To jest niemożliwe, żebyśmy indywidualnie zajmowali się taką ilością osób. Chcielibyśmy indywidualnie pracować, ale się nie da”. – konstatuje Dyrektor Powiatowego Urzędu Pracy w Krośnie - Regina Chrzanowska.

„Mogę powiedzieć śmiało, że w mojej ocenie dwie trzecie bezrobotnych pracuje na czarno. Jest to ucieczka pracodawców przed zbyt dużymi kosztami pracy i żadna reforma nie sprawi, że ludzie zaczną pracować legalnie”. – twierdzi Dyrektor Powiatowego Urzędu Pracy w Nowym Dworze Gdańskim - Wioletta Lewandowska¹¹.

Z kolei sama ustawa, która jest podstawą prawną działania urzędów pracy, jest aktem bardzo obszernym i wielokrotnie już nowelizowanym. „Język, w jakim została ona zredagowana, nie jest przy tym wystarczająco precyzyjny. Rozbudowane przepisy nie ułatwiają ich interpretacji, mają opisowy charakter, daleki niekiedy od wymogów stawianych strukturze normy prawnej, ustawodawca nie zawsze liczy się z potrzebą konsekwencji terminologicznej, a zarazem przecenia możliwości oddziaływania poprzez prawo na zjawiska charakterystyczne dla rynku pracy. Stosowania przepisów ustawy z pewnością nie ułatwia również wielość aktów wykonawczych, a także jej powiązania – nie zawsze jasne – z innymi aktami prawnymi”¹². W odniesieniu do problematyki profilowania

¹¹ T. Żmijewski, *Dyrektorzy urzędów pracy o noweli ustawy dot. promocji zatrudnienia*, Polska Agencja Prasowa, http://www.pap.pl/palio/html.run?_Instance=cms_www.pap.pl&_PageID=1&s=infopakiet&dz=gospodarka&idNewsComp=156030&filename=&idnews=159341&data=&status=biezace&_Checksum=1440508535, dostęp: 15.05.2014.

¹² Z. Góral, *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2011, s. 24.

pomocy dla bezrobotnych, jednego z najnowszych uregulowań wprowadzonych ustawą nowelizującą, zapisy wiodących aktów w tym zakresie – ustawy oraz rozporządzenia w sprawie profilowania – również nie są jednoznaczne i budzą liczne wątpliwości interpretacyjne. Dotyczą one choćby obowiązku i formy poinformowania bezrobotnego o nazwie ustalonego dla niego profilu pomocy, a nie tylko przekazania informacji o możliwych do zastosowania formach pomocy lub przysługujących stronie niezadowolonej z ustalonego profilu środkach ochrony prawnej.

W obecnej chwili powyższe uwagi i pytania dotyczące zasadności profilowania pomocy dla osób bezrobotnych muszą niestety pozostać bez jednoznacznej odpowiedzi, ale nie można nie dostrzegać słabości pewnych obszarów tej koncepcji. Podczas konferencji „Reforma publicznych służb zatrudnienia – mity i realia”, która odbyła się 25 kwietnia 2014 r., Wiceminister Jacek Męcina - Sekretarz Stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej zaznaczył: „Dajemy sobie 3 lata na wdrożenie i podsumowanie tych zmian”¹³. A zatem, reforma urzędów pracy, w tym koncepcja profilowania pomocy dla osób bezrobotnych, będzie już wkrótce podlegała ocenie, w wyniku której albo potwierdzi się stanowisko, iż profilowanie jest panaceum na problemy związane z bezrobociem, albo ujawnią się smutne efekty działań urzędów w postaci ograniczenia pomocy tym, którzy tej pomocy faktycznie potrzebują oraz zwiększenia wykluczenia społecznego.

Niezależnie od wyniku bilansu „zysków i strat” reformy publicznych służb zatrudnienia, nie można zapomnieć, iż u podstaw polityki społecznej państwa leży dobro osoby bezrobotnej, dla której brak pracy jest źródłem problemów finansowych, rodzinnych, frustracji i zniechęcenia. W przyszłości osobowe i społeczne skutki długotrwałego pozostawiania bez pracy mogą być niewyobrażalne. Obecnie wydaje się, że działania publicznych służb zatrudnienia zmierzają we właściwym i pożądanym kierunku. Należy jednak zaznaczyć, iż bezrobocie jest klasycznym proble-

¹³ Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, *Reforma publicznych służb zatrudnienia – mity i realia*, Warszawa 2014, <http://www.mpips.gov.pl/aktualnosci-wszystkie/zatrudnienie-i-przeciwdzialanie-bezrobociu/art,6678,reforma-publicznych-sluzb-zatrudnienia-mity-i-real.html>, dostęp: 30.04.2014.

mem globalnym i najprawdopodobniej towarzyszyć będzie nam już zawsze¹⁴. Taki stan rzeczy prowadzi do konkluzji, aby o polityce rynku pracy i problemach bezrobocia nieustannie mówić, pisać oraz niestrudzenie wdrażać nowe rozwiązania prawne i organizacyjne, by obraz społeczeństwa poszukującego zatrudnienia i pozbawionego możliwości realizacji swojego podstawowego prawa, był znany następnym pokoleniom tylko z podręczników do historii.

The concept of profiling assistance for the unemployed as a new instrument for improving the quality of services rendered by District Employment Agencies

Since 27th May 2014 the Public Employment Services in Poland have executed tasks resulting from the amendment to the Act on the promotion of employment and labour market institutions. The employment agencies reform introduces a new procedure of serving the unemployed – the concept of profiling assistance for the unemployed. The expected outcome of the concept is assumed to allow the employment agency's available forms of assistance to customise the client's individual needs for their optimal use and appropriate targeting. Three assistance profiles have been established: 1st assistance profile – for active people, 2nd assistance profile – for those who require assistance and 3rd assistance profile – encompassing those who are distant from the labour market. However, implementation of these legal measures raise questions and concerns of the public opinion concerning discriminatory nature and a lack of transparency of the concept of profiling assistance. More recent and detailed studies of this topic are not easy to find in the literature, therefore, this paper supplements a gap in this field.

¹⁴ S. Czech, *Promocja zatrudnienia i instytucje rynku pracy: analiza porównawcza zmian ustawy, tekst jednolity ustawy, przepisy wykonawcze*, Sandomierz 2009, s. 7.

Rafał Marek*

Desuetudo w prawie rzymskim i w jurysprudencji europejskiej

Desuetudo oznacza wyjście z użycia, odwyknienie, odzwyczajenie się od czegoś. *Desuetudo* w prawie rzymskim to długotrwałe niestosowanie normy, które prowadziło do popadnięcia aktu prawnego w zapomnienie, przez co tracił on swą moc. D. 1.3.32.1 stwierdza, że prawa są uchylane nie tylko wolą prawodawcy lecz także przez niestosowanie ich za sprawą milczącej zgody na to „wszystkich”. *Desuetudo* miało miejsce w Rzymie często, było składnikiem rzymskiego prawa zwyczajowego. Akceptowała je również jurysprudencja *ius commune*. Współcześnie przez *desuetudo* rozumie się uznanie za nieobowiązujące nieuchylonych formalnie norm ze względu na ich długotrwałe niestosowanie. Stanowisko ściśle pozytywistyczne odrzuca *desuetudo*. Jednak silnie formalna i rygorystyczna wykładnia artykułów ustaw zasadniczych formułujących katalogi źródeł prawa pozbawiająca zwyczaj relewancji jako źródła prawa przeczy rzeczywistości. Sama nieefektywność normy nie prowadzi do jej eliminacji z porządku prawnego. *Desuetudo* różni się od normy derogującej prawa stanowionego brakiem aktu zmiany woli prawodawczej. Próby wiązania *desuetudo* z nieposłuszeństwem prawu jako takim są nietrafne. Istnieje spór czy o uchyleniu prawa przez *desuetudo* decydują zachowania obywateli czy organów państwa. *Desuetudo* może być też wywołane nikłym poziomem poznania normy wśród adresatów, Norma będzie uchylona bo okazała się nieoperatywna. Rzeczywistość społeczna koryguje zatem stan prawny.

* Doktorant w Katedrze Powszechnej Historii Państwa i Prawa WPiA UJ.

1. Szkic instytucji *desuetudo* w prawie rzymskim

Sam termin „*desuetudo*”, ujęty nietechnicznie, oznacza w języku łacińskim wyjście z użycia, odwyknienie, odzwyczajenie się od czegoś, *actus desuescendi*. Zwrot "*in desuetudinem abire*" oznacza tyle co „wyjść z użycia”¹.

Desuetudo w prawie rzymskim można określić jako długotrwałe nie stosowanie normy, które prowadziło do popadnięcia aktu prawnego w zapomnienie, przez co tracił on swą moc *de facto*, przestawał być stosowany w praktyce, czego skutkiem było jego „milczące uchylene”. Julian w D. 1.3.32.1, stwierdza, że prawa są uchylane nie tylko wolą prawodawcy lecz także przez nie stosowanie ich za sprawą milczącej zgody na to "wszystkich"²:

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

Być może Salwiusz Julian wyraził we fragmencie który znamy z D. 1. 3.32 swoją opinię prywatną, akceptującą praktykę stosowania prawa, lecz bez jakiegś szczególnej podstawy prawnej ujętej *explicite*. Fragment znalazł się w kompilacji justyniańskiej bo okazał się na nowo użyteczny

¹ Por. np. . Liv. 1. 19. *Mitigandum ferocem populum armorum desuetudine ratus*. Ovid. 14. Met. 436. *resides et desuetudine tardi Rursus inire fretum, rursus dare vela jubemur*. Id. 5. Trist. 7. 57. *En pudet, et fateor; jam desuetudine longa Vix subeunt ipsi verba Latina mihi*.

² Zob. A. Steinwenter s.v. *Mores lit. D*; Pauly-Wissowa RE 16, 295, A. Solazzi, La desuetudine della legge, Archivio Giuridico 102 (1929) 3 i n.; J.A.C. Thomas *Desuetudo*, RIDA 12 (1965) s. 469 i n.. A. Biscardi, *Apercu historique du probleme de l'abrogatio legis*, RIDA 18 (1971) s. 449 i n.; A. Guarino, La consuetudine e la legge alia luce della esperienza romana. Diritto e Giurisprudenza, 1956, LXXI, s. 413 i n.; L. Bove, La consuetudine in diritto romano. I, Dalla repubblica all'eta dei Severi, Napoli 1971.

i potwierdzał akceptowaną praktykę. *Consuetudo contra legem* wykluczała w porządku prawnym kodeksu justyniańskiego konstytucja C. 8.52.2.³, co wydaje się stwarzać sprzeczność między treścią Kodeksu i Digestów, jednak ta konstytucja może dotyczyć jedynie prawa prowincjonalnego lub być wyrazem poglądów poklasycznych⁴.

Było przedmiotem debaty w romanistyce czy ustęp z zachowany w D. 1.3.32.1 powinien być uznawany za autentyczny czy interpolowany⁵. Autentyczność D. 1.3.32.1 kwestionowali Steinwenter i Solazzi. Steinwenter⁶ wskazywał, że fragment dotyczący *desuetudo* pozostaje w jasnej sprzeczności z prawem klasycznym, nic nie wiadomo o tego rodzaju abrogacji i choć można mówić o przewlekłej nieefektywności prawa, to

³ A. F. de Bujan, Conceptos y dicotomias del ius, s. 25, Revista Jurídica 3 (2000), s. 9-44 = https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3131/14198_3RJ008.pdf?sequence=, dostęp: 27 VII 2014; oraz F. Gallo, Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32), Iura 36 (1985) s. 50 i in., F. Gallo, La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giulianea o manipolazione postclassica? BIDR, 94-95 (1991-1992). s. 1 i n.; zob. o roli C. 8.52.2: G. Lombardi, Sul titolo "quae sit longa consuetudo" (8,52/53) nel codice giustiniano, S.D.H.I. XVIII, 1952, s. 21 i n.

⁴ M. Smith, Customary Law, w: tegoż, *A General View of European Legal History*, New York, 1927, przyp. 3 na s. 269-270, H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1932, s. 360

⁵ Zob. na ten temat z literatury zagranicznej: F. Gallo, La consuetudine nel diritto romano, w: Atti del colloquio romanistico-canonistico, Roma 1979, s. 98 i n., A. Guarino La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana, w: *Le origini quiritarie*, Napoli 1973 s. 308-310; A. Guarino, Giuliano e la consuetudine, *Labeo* 35 (1989) s. 172 i in., A. Guarino, La rimozione del diritto a l'esperienza romana, *Labeo* 42 (1996) s. 20 i n.; W. Waldstein, Gewohnheitsteht und Juristentecht in Rom, w: *De iustitia et de iure. Festschrift von Lubtow*, Berlin 1980, zw. s. 121-124; V. Scarano Ussani, L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano, Milano 1987 s. 90 i n.; P. Cerami, Breviter sul Iul D. 1.3.32 (Riflessioni sul trinomio lex, mos, consuetudo) [w:] *Nozione, formazione e interpretazione del diritto, Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, Napoli 1997, s. 131-137, J.A.C. Thomas, Custom and Roman Law, TR 31 (1963). s. 44 i in., J.A.C. Thomas, *Desuetudo*, RIDA 12 (1965) zwł. s. 478 i in. ; B. Schmiedel, Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht, Köln-Graz 1966, s. 49-51, 96 i in., 107, W. Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Opladen 1975 zw. s. 19-21; Zob. też na temat relacji między jurysprudencją rzymską i consuetudo: S. Riccobono, La voluntas nella prassi giudiziaria guidata dai pontefici [w:] *Festschrift Schultz*, t.I, Weimar 1951 s. 302 i n., V. Arangio-Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Napoli 1957, s. 38, N. Benke, Exemplum contra legem, TR 57 (1989) s. 257 i in., A. Burdese, Sulla produzione e applicazione del diritto, AG 217 (1997) s. 555 i n.

⁶ Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte [w:] *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, 4 vol. Milano 1930; vol. 2 s. 419-440

nie było w rzymskim prawie czasów klasycznych opracowanej doktryny *desuetudo*, nie było tego rodzaju instytucji prawnej⁷. Wedle Steinwentera jedynie pierwsze zdanie D.1.3.32.1 pochodzi od Juliana, a być może i część tego to glosa. Steinwenter uznawał, że ustęp D.1.3.32.1 w takiej formie jaką znamy z Digestów nie przedstawia nawet poglądów samego Justyniana⁸. Solazzi podjął próbę rekonstrukcji ustępu Juliana, która to rekonstrukcja ujmuje jako główną materię D.1.3.32.1 niestosowanie prawa niepisanego⁹. Z opinią o poklasycznej glosie zgadzał się i Schiller¹⁰.

Desuetudo miało jednak miejsce w rzymskim porządku prawnym często, wskazówką są *leges* których celem było przypomnienie i niejako przywrócenie ustaw uchwalonych wcześniej¹¹.

Można identyfikować społeczną praktykę niestosowania danej normy z elementem materialnym *desuetudo*¹². Praktyka ta była procesem ciągłym, złożonym z powtarzających się w czasie zjawisk prawnie relevantnych, jest zbiorem wielu rozstrzygnięć w konkretnych sprawach, zachowań wielu podmiotów prawo stosujących, można mówić o procesie uchylania, procesie przedawniania się prawa, który miał w Rzymie swój *terminus a quo* i *terminus ad quem*¹³.

⁷ Por. też np. J.A.C. Thomas, *Desuetudo* RIDA passim

⁸ Do takiego wniosku doszedł przez porównanie D. 1.3.32.1 z pismami scholiastów współczesnych Justynianowi, zob. Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte... s. 438 przyp. 109-111

⁹ D. 1.3.32.1 wedle Solazziego (cyt. za A.A. Schiller, Custom in Classical Roman Law [w:] Folk Law: Essays in the theory and practice of Lex non scripta red. A. Dundes Renteln, A. Dundes, New York 1994, s. 33-49; = Virginia Law Review Vol. 24, No. 3 (Jan., 1938), pp. 268-282, s. 48 przyp. 75, przekład mój), powinno brzmieć jak następuje: Przestrzega się jako ustaw tego co jest zwane prawem powstałym przez zwyczaj, co nie jest nierozsądne. Ponieważ ustawy same w sobie wiążą nas nie z innego powodu, jak tylko dlatego że przyjął je osąd ludu, zatem i właściwe jest by prawa które aprobował lud były wiążące. Zatem poprawnie przyjmuje się że prawo powstałe przez zwyczaj jest uchylane nie tylko przez głosowanie ludu, lecz przez *desuetudo*, przez milczącą zgodę wszystkich.

¹⁰ Custom..., s. 41

¹¹ Por. Z. Bujuklic, Ancient and Modern Concepts of Lawfulness, RIDA XLVI 1999, s. 122 i n. s. 141, <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1999/BUJUKLIC.pdf>, dostęp: 10.11.2014.

¹² Por. L. Franchini, La desuetudine delle XII tavole., Milano 2005, s. 7-8; por. wywody niżej w części dotyczącej współczesnej analizy zjawiska *desuetudo*.

¹³ Por. L. Franchini, La desuetudine... s. 8-9.

Poza zachowaniami władzy również wola *populus* rzymskiego była konieczna nie tylko do uchwalenia prawa lecz także by uchylić prawo istniejące, nawet bez pozytywnego aktu derogacji, zatem przez *tacitus consensus omnium*. Można tu posłużyć się terminem „moc derogacyjna prawa zwyczajowego”¹⁴. Niewielu romanistów współcześnie kwestionuje istnienie *desuetudo* w Rzymie nie tylko w okresie archaicznym czy wczesnej republiki. Za działaniem *desuetudo* w Rzymie opowiedzieli się też liczni autorzy dawniejsi.¹⁵ Stopniowo, wraz ze wzrostem prawotwórczej roli pretora i bardziej liberalną interpretacją poszczególnych zasad prawnych (co wiązało się z rozpowszechnieniem greckiej myśli filozoficznej i retoryki) praktyka *desuetudo* stała się pewnego rodzaju zagrożeniem dla bezpieczeństwa prawnego i wiążącej mocy prawa¹⁶.

Desuetudo funkcjonujące w ramach rzymskiego porządku prawnego doprowadziło do zniesienia większości regulacji XII Tablic np. prawa do zabicia złodzieja w nocy czy talionu. Inne zaś prawa stały się przestarzałe jak niektóre ustawy rolne, *Lex Voconia*, *leges sumptuariae* i wiele innych.¹⁷ Znamy dość liczne wzmianki o *desuetudo* autorów starożytnych: Liv. 7.42, Appian, bell. civ. 1.54 o *Lex Genucia*; Pliniusz do Trajana Ep. 114 o *Lex Pompeia*, Ael Gell. XX, 1, 7-10 o XII Tablicach, Ael. Gell. XX, 1.23 i II 29.11 o *leges sumptuariae*. Ponadto dwa listy Pliniusza do Trajana (Plin. ad Traj. 114 i 115) uchodzą za dowód mocy uchylania prawa stanowionego przez prawo zwyczajowe¹⁸.

¹⁴ Zob. D. 1.3.37.3; oraz I. 2.11: *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent: ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata* - zatem *tacitus consensus* powinien prowadzić do uchylania przepisów prawa pozytywnego

¹⁵ Np. S. Riccobono, Corso di diritto romano, cz. 2 (Milano 1933-4, s. 310-17, W.W. Buckland, A. D. Mc Nair, Roman Law and Common Law, Cambridge 1936, s. 15-16. Poglądy sprzeciwiające się *desuetudo* w dobie klasycznej uznał za zasadne J.A.C. Thomas, *Desuetudo*, passim, zw. s. 478-480;

¹⁶ W ten sposób Z. Bujuklic RIDA, s. 141-142

¹⁷ Zob. H. Honsell, Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike, in Festschrift H. Coing, I, München, 1982 s. 137 i n., oraz O. Behrends Das Römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie, Göttingen 1995 s. 135 i n.; A. Guarino, La consuetudine e la legge all luce della esperienza romana, Diritto e Giurisprudenza, 1956, LXXI, s. 413 i n.

¹⁸ Por. T. Kipp, Geschichte der Quellen, Leipzig 1919, przyp. 34 s. 23, odmiennie: P. Jörs; W. Kunkel; L. Wenger, Römisches Recht, Berlin 1935, s. 1-2 przyp 11

Przez *desuetudo* utraciła moc część *lex Aquilia*¹⁹ oraz dziedziczenie gentylów (G. 3.17). Na istnienie *desuetudo* w praktyce sądowego stosowania prawa wskazuje *explicite* D.11.1.1.1:

Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt. (...)

Desuetudo miało też miejsce co do korzystania z *iudicia publica*. Wpierw *iudicia* te wyszły z użycia w sprawach politycznych, co stało się na rzecz sądów cesarskiego i senackiego już w I w. po Chr., w szczególności co do *quaestio maiestatis* i *ambitus*. Zaczęło też zanikać w połowie I w. po Chr. postępowanie przed trybunałami stałymi co do przestępstw pospolitych, sprawy owe przechodziły pod jurysdykcję prefekta miasta, a to ze względu na większą sprawność postępowania. Niektóre *quaestiones perpetuae* istniały jeszcze za czasów dynastii Sewerów, ostatecznie zanikły z początkiem III wieku. Postępowanie kognicyjne stało się postępowaniem jedynym i tym samym zwyczajnym²⁰.

Alfred Pernice²¹ wskazał zasadnie, że chociaż ustawa mogła być, w sensie nieefektywności, zapomniana, to jednak magistratus mógł ją w każdej chwili "przywrócić". Tak rzecz się miała z *lex Genucia* dotyczącą lichwy, która choć nie stosowana przez ponad wieku, doczekała się próby "reaktywowania" przez pretora Aselliona, choć, co pouczające, pretor ten został zamordowany²². Podobny przypadek opisuje korespondencja Pliniusza z Trajanem²³ dotycząca ponownego wprowadzenia nieużywanego prawa przez cesarza²⁴.

¹⁹ D. 9.2.27.4: *Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.*, jednak Pernice, Krueger i Jors twierdzili że ustęp ten jest interpolacją dokonaną za Tryboniana, zob. Index Interpolationum, red. Levy, Rabel, vol. I Weimar : Böhlau, 1929, col. 115 oraz suppl. 1 col. 149.

²⁰ W. Litewski, Rzymski Proces Karny, Kraków 2003, s. 50 oraz U. Brasiello, Sulla desuetudine dei iudicia publica [w:] Studi in onore di Emilio Betti, 1962, s. 551-570;

²¹ Parerga X: Zum roemischen Gewohnheitsrechte, SZ 20 (1899), s. 127-171 s. 149-150.

²² Appian, Bell. civ. 1.54.

²³ Plin, Ep. 10.114-115.

²⁴ Opinia Pernice, podobne zdanie wyraził E. Weiss, Grundzuge der romischen Rechtsgeschichte, Reichenberg 1936, s. 18 oraz A. Steinwerter, s.v. Mores RE 16 (1935) kol. 295-96.

Można powiedzieć że w prawie rzymskim *desuetudo* było rezultatem *tacitus consensus*, przejawiającym się w niestosowaniu reguł prawa pozytywnego. Tę samą ideę podejmuje konstytucja justynianska *Deo Auctore* 10. *Haec quae necessario* 2, polecająca kodyfikatorom: *quae iam leges in desuetudinem abierunt nullomodo easdem ponere*.²⁵ Pozornie występowała tu sprzeczność z zasadą zakazu obowiązywania norm prawa zwyczajowego *contra legem*, jednak można przyjąć że zakaz obejmował tworzenie *ius novum*, nie zaś *abrogare legem desuetudine*²⁶.

Ponieważ *desuetudo* jest elementem prawa zwyczajowego, trzeba zwrócić uwagę na status w rzymskim porządku prawnym zwyczaju i prawa zwyczajowego jako takich. W Topikach Cyncero stwierdzał (5.28) że *ius civile* zawiera się w ustawach, *senatus consulta*, wyrokach, powadze uczonych prawników, edyktach magistratur, zwyczaju i słuszności. Podobny pogląd wyrażano w innych dziełach z zakresu retoryki - ad Herennium 2.13.19; Quinn., Inst. orat. 12.3.6. Tego rodzaju zrównanie zwyczaju z ustawą czy *senatus consultum* itd. opiera się na retorycznym rozróżnieniu między prawem pisanym (*ius scriptum*) a *ius non scriptum*, w tym prawie pochodzącym z *consuetudo*. Rozróżnienie rzymskie opierało się, przynajmniej formalnie, na greckim podziale na *nomos eggraphos* i *nomos agraphos*, które pochodziło od Arystotelesa²⁷. Retorzy posługiwali się rozróżnieniem *nomos engraphos* i *aggraphos* dla określenia prawa pozytywnego danego narodu (*n. engraphos*) i prawa naturalnego (*n. agraphos*). W Rzymie jednak *ius non scriptum* zaczęło oznaczać prawo zwyczajowe²⁸.

Co jednak mówią wypowiedzi rzymskiej jurysprudencji? Liczni rzymscy prawnicy zwrócili uwagę na to, że ustępy w D.1.3 *De longa consuetudine*, które stanowią większość dostępnego nam materiału pozwalającego formułować pogląd, że prawo zwyczajowe istniało w prawie rzymskim okresu klasycznego i poklasycznego, mówią nie o prawie stosowanym

²⁵ Zob. uznawane przez dawniejszych autorów za interpolację D. 9.2.27.4 *Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*.

²⁶ Za artykułem A. Steinwertera Mores RE 16 (1935) kol. 295-96.

²⁷ Rhetorica 1.10.1368b.

²⁸ Zob. A. Steinwenter s.v. Mores, RE 16, kol. 295 oraz Cic. Part. orat. 37.130.

w Rzymie, lecz dotyczą spraw prowincji, spraw lokalnych²⁹. D. 1.3.31 dotyczyło zatem stosunku *lex Papia et Poppaea* do liturgii municypalnych, D. 1.3.33-34 to fragmenty pracy Ulpiana o gubernatorze prowincji i odnoszą się wobec tego do praktyki lokalnej. Korzystanie ze zwyczaju miejscowego przy dokonywaniu wykładni ustaw było też przedmiotem rozważań w D. 1.3.36 oraz D. 1.3.38. D. 1.3.37 zajmuje się *consuetudo civitatis*. W praktyce sądów w prowincjach prawdopodobnie często powoływano się na precedensy odzwierciedlające zwyczaj lokalne, o czym świadczą papiirusy z Egiptu np. P. Oxy. VI 899.25-30; BGU I, 15.9-11; P. Oxy. II 237.VII.17-18.

Jednak zwyczaj odgrywał dużą rolę w Rzymie epoki klasycznej – wciąż część prawa miała charakter zwyczajowego czy też pochodziła ze zwyczaju, a to zakaz małżeństwa między bliskimi krewnymi, dopuszczanie substytucji pupilarnej, nieważność darowizn między małżonkami, wymóg zgody tutora na zaciąganie zobowiązań przez pupila i solidarna odpowiedzialność bankierów przy *expensilatio*³⁰.

Ponadto prawo rzymskie opierało się na zwyczajowym mechanizmie tworzenia norm, w ramach tego mechanizmu funkcjonowało też prawo jurysprudencyjne. Nie może tu przyjmować obowiązku normy niezależnie od skali jej stosowania, od liczby przypadków konkretyzacji jej. Częstotliwość zastosowania normy obserwowali przedstawiciele doktryny, przyznając jej tym większą moc im częściej była ona stosowana³¹. Również w opinii Eugena Ehrlicha³² prawo jurystów rzymskich było ni-

²⁹ Puchta, Pernice, Ehrlich, zob. Steinwenter, Studi Bonfante vol. 2 s. 429, jednak odmiennie P. Vinogradoff, Customary Law [w:] tegoż, Collected Papers, vol. II, Oxford 1928, s. 411; przyp. 2.

³⁰ A. Schiller, Custom... s. 38, tam też literatura.

³¹ Zob. np. T. Giaro, Diritto come prassi (w:) Studi Luigi Labruna, t. IV, Napoli 2007, s. 2246-2247 Z literatury na temat zwyczaju w prawie rzymskim zob. J. Gaudemet, Coutume et raison en droit romain, Revue Historique de droit francais et etranger, 17 (1938), s. 141-170; J.A.C. Thomas, Custom and Roman Law, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 31 (1963) s. 39-53; B. Schmiedel, Consuetudo im Klassischen und nach-klassischen romischen Recht, Graz, H. Bohlaus, 1966; G.C. J.J. van den Bergh, Legal Pluralism and Roman Law, The Irish Jurist 4 (1969) s. 338-350. W Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Westdeutscher Verlag 1975.

³² Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts [w:] Die feierliche Inauguration des Rektors *** Universitat Czernowitz, Czernowitz 1906, s. 55-56 (za A. Schiller, Custom... , s. 44 przyp. 41).

czym więcej jak tylko prawem zwyczajowym, obok *ius sacrum* będącego prawem zwyczajowym religii oraz *ius publicum* opierającym się na *leges*³³. Czy zatem prawo zwyczajowe było stosowane jedynie na prowincji? W świetle argumentów przedstawionych powyżej teza taka nie jest zasadna.

Przechodząc do charakterystyki współczesnej refleksji nad zjawiskiem *desuetudo* warto wspomnieć o dorobku myśli *ius commune* dotyczącym *desuetudo*, bowiem dorobek średniowiecznej nauki prawa wciąż oddziałuje na współczesną jurysprudencję. Rogerius w *Quaestiones super Institutis* (manuskrypt, par.6) rozważał znaną *contrarietas*, Przedstawiała się owa sprzeczność następująco: wedle D. 1.3.32.1: *leges non solum suffragio legis latoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*, zaś C.8.52.2 (cesarz Konstantyn w roku 319) stanowi: *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momentu, ut aut rationem vincat aut legem*". W krótkiej glosie do D.1.3.32.1 Irnerius starał się rozwiązać sprzeczność stwierdzając: *Loquitur hec lex secundum sua tempora (...) hodie potestas translata est in imperatorem*³⁴ Przez "hodie" rozumie się w tym miejscu ostatni etap rozwoju prawa rzymskiego - dominat czy monarchię absolutną, przeciwstawioną pryncypatowi, która trwała wedle pojęć czasów Irneriusa w instytucji restytuowanego Cesarstwa Rzymskiego. Tego rodzaju historyczną próbę wyjaśnienia odrzucali jednak glosatorzy bardziej "konserwatywni" choć akceptował ją Placentinus³⁵ i była ona cytowana jako jego opinia w angielskiej glosie post-Vaccariusowej jak i u Accursiusa³⁶.

Rogerius proponował dwa inne rozwiązania (par. 6 *Quaestiones...*) Wpierw próbował usunąć sprzeczność zakładając że dane prawo może

³³ por. B. Biondi, Prospettive Romanistiche [w:] Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, serie II, vol. 37 (Milano 1933) s. 32-33 - mowa tam o *ius civile* jako prawie w istocie swej zwyczajowym.

³⁴ ed. w: F.C. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Heidelberg 1850 t. IV s. 459.

³⁵ Dist. Hugolini, ed. G. Haenel, Dissensiones Dominorum, Leipzig 1834, s. 585.

³⁶ C. F.Ch.Wenck, Vacarius, Lipsiae 1820, s. 184, F. de Zulueta, Liber Pauperum of Vacarius, London 1927 s. 18 n. 32, Accursius glosa *Aut legem* do C.8.52.2 . wyd. Codex Justinianus (cum Glossa ordinaria Accursiusa oraz Summaria Hieronymusa Clarius, Venetiae, Bernardinus Stagninus. 1495.

być uchylone jedynie przez *actus contrarius*, zatem *lex* może być uchylona tylko przez inną *lex* itp. wobec tego jeżeli zdaniem Juliana *leges* mogą być uchylane przez niepisane *mores* to owe *mores* muszą być ustawami niepiśmianymi. Drugie rozwiązanie opierało się na *distinctio*: zwyczaj oparty na nieznanym sprzecznej z nim ustawy nie ma władzy uchylającej, zwyczaj istniejący wraz ze świadomością istnienia ustawy jemu przeciwnej zawiera w sobie wolę uchYLENIA jej i tym samym może ustawę derogować, bowiem *consensus populi* jest ostatecznym źródłem wiążącej mocy praw. Załączek tego poglądu można spotkać jeszcze w głosie Irneriusa, rozwijano go w kolejnych zbiorach *Dissensiones Dominorum*³⁷. Rogerius stawiał tezę że tego rodzaju chylenie ustawy nie ma charakteru bezwzględnego, pełnego, sprowadza się do *desuetudo* „tymczasowego”, „*exilium*” ustawy, podobnego do „wygnania” prawa naturalnego po wprowadzeniu sprzecznej z nim normy prawa stanowionego, pisanego. Wydaje się zatem, że przy przyjęciu takiego rozumienia *desuetudo*, ustawa *ipso iure* „powróci z wygnania” gdy tylko zwyczaj uchylających przestanie być praktykowany, inaczej rzecz miałaby się z ustawą uchyloną. Niestety to ciekawe rozróżnienie nie doczekało się najprawdopodobniej dalszych analiz³⁸.

Również św. Tomasz z Akwinu poruszał, choć nie wprost, problematykę *desuetudo* w swym *opus magnum* stawiając wpierw następujący zarzut: *zdaje się że zwyczaj (consuetudo) nie może zyskać mocy ustawy (lex) ani też ustawy uchlić (amovere). Ustawa bowiem ludzka wywodzi się z prawa natury (lex naturae) i z prawa boskiego (lex divina) (...). Jednak zwyczaj ludzki nie może zmienić ani prawa natury ani prawa boskiego. Zatem i nie może zmienić ustawy ludzkiej (...). Ponadto ustanawianie prawa przynależy osobom publicznym (publicae personae) którym jest właściwe kierowanie wspólnotą, wobec czego osoby prywatne nie mogą stanowić prawa. Jednak zwyczaj utrwala się przez działania osób prywatnych. Wobec tego zwyczaj nie może zyskać siły ustawy, przez którą mogła być uchylona. (...)*³⁹

³⁷ Coll. Chis. ed. G. Haenel (*Dissensiones Dominorum*, op.cit. par. 46 (s. 151), Coll. Hugolini ed. G. Haenel, *Dissensiones...* op.cit. s. 153), Accursius, *Codex...* op.cit.

³⁸ W ten sposób H. Kantorowicz, W. V. Buckland (red.) *Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings...* s. 136

³⁹ *Summa Th. I^a-II^ae q. 97 a. 3, arg. 1, arg. 3*, przekład własny

Tomasz odpowiadał⁴⁰ że prawo naturalne i Boskie pochodzi z woli Boga, zatem nie może być zmieniane ludzkim zwyczajem. Powołał się tu na ustęp z Izydora z Sewilli o przewyciężeniu "nikczemnego zwyczaju" przez prawo i rozum⁴¹, na powyżej wskazane arg. 3 odpowiadał, że społeczność rządząca się danym zwyczajem może bądź samemu ustanawiać sobie prawa, wtedy większą moc ma zgoda powszechna ujawniona przez zwyczaj⁴² niż wola prawodawcza władcy, działającego tylko jako przedstawiciel narodu. Poszczególne osoby, osoby prywatne nie mogą stanowić prawa, lecz może to czynić naród czy społeczeństwo jako całość. Jeżeli zaś społeczność nie ma władzy prawodawczej ani nie może uchylać prawa ustanowionego przez właściwą władzę zwierzchnią, to wtedy zwyczaj przeważający w tego rodzaju wspólnocie ludzkiej nabiera mocy prawa, a to ponieważ tolerują taki stan rzeczy prawodawcy, przez owo tolerowanie potwierdzają w sposób dorozumiany normy zwyczajowe⁴³. Tezy Akwinaty dotyczące *consuetudo* obejmują też jego *species* czyli *consuetudo abrogationis* - *desuetudo*.

⁴⁰ I^a-II^ae q. 97 a. 3 co.

⁴¹ Izydor, 2 Synonym, 80: Patrologia Latina t. 83, kol. 863.: *Virtus enim indiscreta pro vitio deputatur, virtus sine discretionem vitii obtinet locum; multa sunt consuetudine vitiata, multa pravo usu praesumpta, multa contra pudicos mores illicite usurpata; adime consuetudinem, serva legem; usus auctoritati cedat, **pravum usum lex et ratio vincat***; zob. też Augustyn, Epist. 36 Ad Casulanum 1 : Patrologia Latina t. 33, kol. 136. oraz Gracjan, Decretum, Pars I, dis. 11, can. 7: *In his rebus, de quibus nihil certi statuit diuina scriptura, mos populi Dei et instituta maiorum pro lege tenenda sunt. Et sicut preuaricatores legum diuinarum, ita contemptores consuetudinum ecclesiasticarum coercendi sunt.*

⁴² Por. o *tacitus consensus omnium* D. 1.3.32.1: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. (...) Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*

⁴³ I^a-II^ae q. 97 a. 3 ad 3.

2. Rozważania współczesnej jurysprudencji

I podręczniki i opracowania systemowe poświęcają *desuetudo* mało miejsca, traktują ten temat jako marginalny. Może być to zdaniem Z. Ziemińskiego⁴⁴ stanowisko zasadne w odniesieniu do krajów o sprawnym prawodawstwie i od dłuższego czasu ustabilizowanej sytuacji politycznej i społecznej. Jednak gdy tego rodzaju spokojny stan rzeczy nie występuje, pojawia się problem odwołania właśnie do *desuetudo*.

Najogólniej można stwierdzić, że współcześnie pod pojęciem *desuetudo* rozumie się przypadki uznania za prawnie nieobowiązujące - ze względu na tak czy inaczej rozumianą nieaktualność- pewnych nieuchylonych formalnie norm danego systemu prawnego., wcześniej uznawanych w świetle koncepcji źródeł prawa tego systemu za wiążące⁴⁵. Zdaniem J. Wróblewskiego jest to zjawisko wystarczająco długiego niestosowania ważnej systemowo normy prawnej przez właściwe organy władzy państwowej⁴⁶. Koncepcja rzymska *desuetudo* mówiła w D. 1.3.32.1 o *tacitus consensus omnium*, zatem *prima facie* widać tu pewną różnicę, bowiem wedle pojęć rzymskich potrzebny byłby ów *tacitus consensus* „wszystkich” - *omnium*, czyli i adresatów regulacji, nie zaś sama praktyka niestosowania prawa przez organy wyposażone w jurysdykcję. Czy jest to pogląd słuszny? Skłaniam się ku opinii że owi „*omnes*” to w rzeczywistości organy stosujące prawo, będący w drodze fikcji prawnej reprezentantami *populus* rzymskiego.

A. Grabowski i M. Kieltyka stwierdzają, że najlepiej naturę współczesnego *desuetudo* oddaje podejście Z. Ziemińskiego,, zwłaszcza że i Kelsen i Wróblewski uznają, że konsekwencją *desuetudo* jest to, że formalnie nigdy nie uchylone normy tracą ważność. Wziąwszy zatem pod uwagę, że brak tegoż formalnego uchylenia oznacza spełnienie podsta-

⁴⁴ *Desuetudo*, PiP 1994, z. 11, s. 3.

⁴⁵ Z. Ziemiński, *Desuetudo*... s. 3.

⁴⁶ *Sądowe Stosowanie Prawa*, Warszawa 1972 s. 98, wersja angielska: *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Boston 1992 s. 79.

wowego kryterium przynależności normy do systemu prawa, widać wyraźnie, że przynależność normy do systemu nie implikuje samo przez się jej obowiązywania, jej ważności⁴⁷.

Proces współczesnego *desuetudo* można próbować przedstawić w dwóch etapach: 1) sądy zaczynają ignorować "zapominać" o przepisie, jednak jeszcze nie wykluczając możliwości jego stosowania w innych sprawach niż będąca przedmiotem orzekania, mogą określać przepis jako "połowicznie ważny" (half-valid); 2) w którejś z kolejnych spraw gdzie przepis mógłby znaleźć zastosowanie sąd dochodzi do wniosku, że nie ma powodów do mówienia o jakimś "połowicznym" statusie przepisu, przepis staje się nieważny, staje się nieobowiązujący przez *desuetudo*⁴⁸.

W pierwszej połowie XX wieku dopuszczanie *desuetudo* uznawano za problem mało ważny, jednak pod koniec tego wieku stanowisko takie zaczęło budzić wątpliwości, również w krajach gdzie nie występowały przemiany o charakterze rewolucyjnym, lecz zachodziło przyspieszenie przemian społecznych, ekonomicznych i obyczajowych⁴⁹. Można wskazać na liczne przypadki gdy utrata mocy wiążącej przez *desuetudo* nie będzie w ramach systemu prawa zjawiskiem nietypowym, rzadkim. Zjawisko takie wystąpi gdy zniknie możliwość pojawienia się desygnatów nazw zawartych w dyspozycji albo sankcji normy. Prawa ustanowione np. by chronić dany gatunek zwierzęcia stracą moc przez *desuetudo* gdy zniknie ten gatunek. Jest to jednak kazus prosty. Z bardziej złożonym będziemy mieć do czynienia gdy sądy przestaną stosować daną normę gdyż dojdą do wniosku, opierając się na zasadzie korespondowania norm z rzeczywistością, że dana regulacja nie nadaje się do stosowania w jakiegokolwiek sprawie. Nie może tu być mowy o nieposłuszeństwie czy wręcz bezprawiu sądowym, jest to po prostu działanie korekcyjne w ramach racjonalnie skonstruowanego systemu prawa⁵⁰.

⁴⁷ Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of contemporary legal nonpositivism, Berlin 2013, s. 302.

⁴⁸ A. Peczenik (red.) On Law and Reason, New York, 2008 s. 22.

⁴⁹ Zob. E. Bodenheimer, Jurisprudence. The Philosophy and method of the Law, Cambridge Mass. 1967, s. 323.

⁵⁰ Por. J. A. Regla, La derogacion en pocas palabras, ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO XI (1994) s. 407-418; s. 415-416; zob. też interesujące opracowanie R.C. Soler, La Ineficacia de las Normas Juridicas en la Teoria Pura del Derecho, Isonomia 27 (X 2007), s. 171 i n.

Sens istnienia *desuetudo* jest podobny co sens istnienia przedawnienia w prawie cywilnym i częściowo karnym. Chodzi o usunięcie pewnego rodzaju „stanu napięcia” wywołanego bądź niezaspokojeniem roszczenia bądź nie daniem posłuchu normie. Po upływie dłuższego czasu taki stan napięcia powinien być wyeliminowany. Stan bezprawny w pewnych wypadkach wymaga legalizacji wedle zasady *quieta non movere*⁵¹. Można zatem dopatrywać się pewnych analogii między *desuetudo* a przedawnieniem i wygaśnięciem pewnych roszczeń wraz z upływem terminów zawitych i być może zasiedzeniem.

Aleksander Peczenik podaje interesujący przykład praktyczny korygującego działania *desuetudo* zapobiegające nadużywaniu prawa, w tym prawa do powództwa. Załóżmy, że A produkuje kielbasy z pewnym potencjalnie groźnym dla zdrowia dodatkiem. B kielbasę kupuje. Funkcjonariusz publiczny oskarża B na podstawie r. 1 sec. 10 szwedzkiego Kodeksu Handlowego z 1734 roku. Kodeks ten pozwala na obciążenie grzywną i kupca i sprzedawcę dóbr nie poddanych kontroli *stadens vrakare*. – miejskiego kontrolera jakości towarów. Czy ten dawny przepis może być stosowany? Formalnie nadal obowiązuje, choć *stadens vrakare* już nie istnieje. Zapewne jego współczesnym funkcjonalnym odpowiednikiem jest jakiś urzędnik o podobnej roli w ramach nadzoru nad rynkiem itp. Zatem można próbować przepis ów zastosować. Czy jednak przepisy nie jest przestarzały (*obsolete*) zatem jest już tak dawnego pochodzenia, że sąd może go ignorować? Można pójść dalej i starać się wykazać że zaszło *desuetudo derogationis*, przepis stracił moc i musi być ignorowany przez stosującego prawo⁵².

Desuetudo to innymi słowy *consuetudo abrogationis*, które zaś stanowi rodzaj *consuetudo contra legem*. Można tu podać dwa przykłady takiego zjawiska dotyczące ważnych dziedzin praktyki prawa. W polskim porządku prawnym istniała norma zwyczajowa niezgodna z regulacjami prawa stanowionego co do eksmisji. Owa norma *contra legem*

⁵¹ Por. np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo Cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001 s. 346 lub inne wydania tegoż podręcznika, rozdział o terminach zawitych i przedawnieniu oraz dawności.

⁵² A. Peczenik, *On Law...* s. 22.

zakazywała eksmisji jeżeli nie dostarczono lokalu zastępczego⁵³. W prawie francuskim można wskazać regułę prawa zwyczajowego co do skuteczności darowizny rękodajnej dokonanej bez zachowania formy szczególnej- aktu notarialnego, której w świetle przepisów KC francuskiego jest konieczne⁵⁴.

W "prostych" przypadkach *desuetudo* mamy do czynienia za "zapomnieniem" o jakiejś dawno wprowadzonej do porządku prawnego normie, normie która z dawien dawna nie była stosowana. Sam fakt niestosowania nie przesądza jeszcze o możliwości podnoszenia zaistnienia *desuetudo* ani o ustaniu kompetencji organów władzy do sankcjonowania naruszeń danej normy, gdy uznać trzeba w świetle przyjmowanych w danym momencie założeń, że przedmiotowa norma zachowuje taką czy inną aksjologiczną *ratio legis*⁵⁵.

Odpowiedź na pytanie czy ustała *ratio legis* danego unormowania nie jest łatwa, może znajdować uwarunkowanie w zmianie systemu ocen oraz w zmianach układów faktycznych albo układów prawnych. Po zmianach norma przestaje odgrywać rolę instrumentalną. Z. Ziemiński zwraca uwagę⁵⁶ że interesujących przykładów może tu dostarczyć 'faktyczne obumieranie' Kodeksu Handlowego w PRL a po upadku państwa realnego socjalizmu jego nagły renesans. Powołanie się na *desuetudo* może stanowić ważne a nawet w praktyce jedyne skuteczne narzędzie kontroli społecznej coraz to bardziej szczegółowego, kazuistycznego i sztywnego prawa stanowionego które bądź jest oczywiście szkodliwe bądź prędko staje się nieaktualne czy też jego stosowanie okazuje się niecelowe z różnych przyczyn⁵⁷.

⁵³ Por. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 314.

⁵⁴ Zob. art. 931 francuskiego Kodeksu Cywilnego oraz M. Safjan w: *System Prawa Prywatnego t. I: Prawo cywilne : część ogólna*, red. M. Safjan; Z. Radwański, Warszawa, 2007, s. 189-190 (cytowane dalej jako SPP z podaniem tomu).

⁵⁵ Z. Ziemiński, *Desuetudo...* s. 5

⁵⁶ *Desuetudo*, s. 5-6

⁵⁷ Por. M. Safjan w: SPP t. I, s. 190 oraz tam cytowany J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Paris, 1999, s. 258: „*Le moment serait peut-être favorable à une révision de la position légaliste: depuis que la loi est devenue si largement technocratique, la désuétude est un des rares moyens qui restent au peuple pour la contrôler*”. Dla ilustracji takiego stanowiska cytowana jest też często słynna wypowiedź Portalisa (głównego twórcy Kodeksu Napoleona) „*Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eut peut-être dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert*

Brak zastosowania normy może przybrać czy to formę *explicite* wyrażonej przez organ wyposażony w jurysdykcję odmowy stosowania przepisów albo też z braku potrzeby stosowania regulacji martwej i nie prowadzącej do rozwiązania żadnego realnego problemu. Doniosła w praktyce i będąca też ważnym sygnałem dla prawotwórcy jest odmowa stosowania prawa formalnie obowiązującego w orzecznictwie sądów. Może tu wystąpić a) odmowa wraz z jednoczesnym wykreowaniem czy wywiedzeniem innej normy, alternatywnej (sprzecznej) z normą prawa stanowionego b) odmowa „czysta”, gdzie w miejsce normy uchylonej przez *desuetudo* nie pojawia się inna⁵⁸. Z. Ziemiński zauważa, że w sytuacji, powszechnej współcześnie, inflacji przepisów, zwłaszcza masowego wprowadzania przepisów dyktowanych racjami bardzo doraźnymi, możemy, podobnie jak w PRL, zetknąć się z przerostem regulacji resortowych itp. co skutkuje takimi czy innymi akcjami "porządkowania prawa". Podczas takich akcji możemy się, tak jak w PRL, spotkać nie tylko ze stosowaniem zasad *lex posterior...* i *lex superior...* ale też deklarowaniem przez organy podobne do powoływanych *ad hoc* w PRL komisji, że dane przepisy nie obowiązują choć formalnie nie doczekały się uchylecia. Zatem można tu mówić o pewnym rodzaju stwierdzenia *desuetudo*⁵⁹.

Andrzej Stelmachowski postawił tezę, że kwestia *desuetudo* nie wiąże się z *sui generis* odmianą *consuetudo abrogationis*, lecz bardziej z zagadnieniem obowiązywania normy prawnej⁶⁰. Jednak zauważono⁶¹ że przynajmniej w odniesieniu do sytuacji gdzie dochodzi do intencjonalnej odmowy stosowania ustaw przez organy publiczne, zwłaszcza sądy, nie można się zgodzić ze stanowiskiem A. Stelmachowskiego. Innym zjawiskiem ma być bowiem brak pojawienia się realnego pola stosowania przepisu (brak desygnatów nazw odpowiadających tym użytym

indélibéré, de cette puissance invisible, par laquelle sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur et la législateur contre lui-même?" (por. Portalis, Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Paris, 1999, s. 26).

⁵⁸ Podział za M. Safjanem [w:] SPP t. 1 s. 190

⁵⁹ *Desuetudo*, s. 6

⁶⁰ Por. tegoż Zarys..., s. 315

⁶¹ M. Safjan [w:] SPP t. 1 s. 190-191

w hipotezie danej normy mającej być zastosowaną) a innym ocena norm prawa obowiązującego przyjęta w długotrwałej praktyce organów publicznych, której skutkiem jest takie ukształtowanie sytuacji prawnej podmiotów odmiennie niż wynikałoby to ze stosowania danej normy prawa stanowionego. Zasadna jest moim zdaniem teza pośrednia: norma może obowiązywać, lecz pozostawać nieefektywna, z różnych powodów, w tym ze względu na brak pola stosowania przepisu, i w związku z tą nieefektywnością, trwającą odpowiednio długo, ulec *desuetudo*.

Formalistyczne i ściśle pozytywistyczne podejście do prawa odrzuca koncepcję *desuetudo* w całości, traktując ją analogicznie do postulatu by prawa logiki były "uchylane" przez ciągłe błędy logiczne konkretnych ludzi. Zasadna jest jednak teza, że czysto formalna i rygorystyczna wykładnia artykułów ustaw zasadniczych formułujących katalogi źródeł prawa w ramach danego porządku prawnego pozbawiająca zwyczaj jakiegokolwiek relewancji jako źródła prawa przeczy rzeczywistości prawnej, gdzie zwyczaj praktycznie zawsze znajduje swoje miejsce i to w szerszym zakresie niż może to wynikać jedynie z analizy odesłań zawartych poszczególnych przepisach ustawy.

Sama nieefektywność normy nie prowadzi do jej eliminacji z porządku prawa obowiązującego, nie pozbawia jej mocy obowiązującej. W ramach porządku prawnego, który jako całość jest efektywny mogą pojawiać się izolowane normy które są ważne ale nieefektywne jednocześnie - nie są ani przestrzegane ani stosowane, nawet gdy realizuje się ich dyspozycja i spełnione są inne warunki ich zastosowania. Zdaniem Kelsena i w takim wypadku występuje powiązanie między skutecznością a ważnością. Jeżeli norma pozostaje permanentnie nieefektywna, to traci ważność właśnie przez *desuetudo*. *Desuetudo* określa Kelsen jako negatywny efekt prawny zwyczaju. Normę może uchylić zwyczaj przeciwny, podobnie jak norma może dzięki zwyczajowi powstać. *Desuetudo* uchyla normę przez stworzenie innej, o cechach podobnych do przepisów statuujących utratę mocy innych przepisów. Wedle opinii Kelsena szeroko rozważana kwestia czy ustawa może być również uchylana przez *desuetudo* jest w istocie pytaniem czy zwyczaj jako źródło prawa może być w ramach danego systemu prawnego wykluczony przez prawo stanowione. Kelsen dawał odpowiedź negatywną, przyjmował że każda norma

prawna, w tym ustawowa, może utracić moc za sprawą *desuetudo*⁶². Jednak w takim przypadku byłoby jego zdaniem błędem identyfikowanie ważności i skuteczności normy. Norma uchylona przez *desuetudo* była wiążąca, była ważna przez pewien, zwykle długi, czas, jednak nie była efektywna. Unieważnia ją jedynie przewlekła nieefektywność⁶³. Kelsen proponował zatem następujący stosunek ważności i skuteczności: norma jest ważna jeżeli a) powstała w drodze uznawanej przez porządek prawny do którego należy, b) jeżeli nie była anulowana bądź w sposób przewidziany przez tenże porządek prawny lub przez *desuetudo* albo przez fakt utraty mocy wiążącej przez cały porządek normatywny do którego należała⁶⁴.

Jednak ze względów gwarancyjnych nie można postawić źródeł prawa stanowionego, zwłaszcza ustawy zasadniczej, na równi z alternatywnymi źródłami prawa, w tym zwyczajem. Pozwoliłoby to na wywodzenie, że i prawa gwarantowane konstytucyjne, prawa fundamentalne mogą być uchylane czy zmieniane przez trwałą, ustaloną praktykę władz. Norma prawa zwyczajowego nie byłaby też najprawdopodobniej objęta kontrolą co do jej zgodności z konstytucją czy innym rodzajem prawa najwyższego w danym systemie. Eliminacja przepisów dokonywałaby się wobec tego bądź przez powstanie *consuetudo contra legem* zawierającego jakąś treść materialnoprawną bądź przez *desuetudo*⁶⁵.

Desuetudo różni się od normy derogującej prawa stanowionego tym że w jego wypadku brakuje aktu zmiany woli prawodawczej, woli normatywnej⁶⁶. Pojawienie się *desuetudo* nie jest efektem woli prawodawcy, chociaż może być efektem woli państwa, jego organów prawo

⁶² Podobnie jak Julian w D.1.3.32.1: (...) *leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*.

⁶³ Jest to pojęcie zbliżone do *inveterata consuetudo* w połączeniu z *tacitus consensus omnium* z D.1.3.32.1.

⁶⁴ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Birmingham, Ala. 1990, s. 119-120; por. też Kelsena *Pure Theory of Law* transl. M. Knight, (przekład drugiego wydania niemieckiego, zmienionego i poszerzonego, Vienna, Verlag Franz Deuticke, 1960), University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London 1978, s. 211-213.

⁶⁵ Por. M. Safjan [w:] SPP t. 1 s. 193.

⁶⁶ Zdaje się że takiego rozróżnienia nie wprowadza D. 1.3.32.1: (...) *Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* (...). Zatem wola prawodawcy wyraża się zarówno *suffragio* jak i *rebus ipsis et factis*.

stosujących (w tym sądowych). *Desuetudo* skutkuje tym, że norma „przestarzała” czy niepotrzebna nie powinna być stosowana w żadnej sprawie. Inną kwestią jest moment i warunki zajścia takiego uchylecia prawa.

Próby wiązania *desuetudo* z nieposłuszeństwem prawu jako takim nie są trafne. *Desuetudo* jest zjawiskiem które można dobrze zintegrować z całokształtem systemu prawa obowiązującego w ramach danej jurysdykcji. Nieposłuszeństwo prawu oznacza, że prawo to obowiązuje, lecz dany podmiot nie realizuje dyspozycji normy, co do zasady zdając sobie z tego sprawę. Z. Ziemiński zwraca zasadnie uwagę, że jeżeli mamy do czynienia z odrzuceniem reguł walidacyjnych przypisujących danym faktom charakter prawotwórczy albo kwestionuje się, że fakty prawotwórcze rzeczywiście zaszły, jeżeli zdecydowanie odrzuca się przyjmowane reguły wykładni lub przyjmowane w toku egzegezy przesłanki, to nie można mówić o stosowaniu *desuetudo*, lecz o zakwestionowaniu samego charakteru danej normy jako normy wchodzącej w skład danego systemu prawa⁶⁷.

Jeśli nie kwestionuje się formalnych podstaw obowiązywania normy to wtedy trzeba wykazać jej. tak czy inaczej pojętą „nieaktualność”, choć trzeba przyznać że pojęcie „nieaktualności” czy „nieodpowiedniości” normy odnośnie zmienionej sytuacji nie doczekała się bliższego określenia w literaturze⁶⁸. „Nieaktualność” można próbować udowadniać przez wskazywanie, że wobec zmienionych stosunków faktycznych norma w pełni utraciła instrumentalne uzasadnienie aksjologiczne, bowiem stała się nieużyteczna jako środek do osiągnięcia wyznaczonego przez prawodawcę celu czy też okazało się po pewnym czasie od jej uchwalenia że jest nieekonomiczna albo że jej realizacja zagraża celom aktualnie deklarowanym przez prawodawcę jako priorytetowe. Jednak czy w ostatnim wypadku nie mielibyśmy do czynienia ze stosowaniem reguły *lex posterior*... ? Zbigniew Ziemiński podnosi, że granica między *desuetudo* a powołaniem się na reguły kolizyjne jest płynna i to nader płynna⁶⁹. W wielu wypadkach część przepisów danego aktu prawnego może ulec

⁶⁷ *Desuetudo*, s. 7-8.

⁶⁸ *Desuetudo*... s. 8 oraz A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 7-8.

⁶⁹ *Desuetudo*.. s. 8.

uchyleniu ze względu na reguły kolizyjne, zaś część zaś na mocy *desuetudo*.

3. Podsumowanie

Mówiąc o *desuetudo* mamy do czynienia ze sporem w doktrynie dotyczącym tego, czy o uchyleniu prawa w taki sposób decyduje zwyczaj obywateli czy organów państwa. Za decydującym wpływem zachowań obywateli opowiadali się Św. Tomasz z Akwinu, Francisco Suarez⁷⁰ i Hans Kelsen. Współcześni pozytywiści, o ile akceptują istnienie *desuetudo* w danym systemie prawa, stoją na stanowisku że warunkiem koniecznym i wystarczającym dla wystąpienia *desuetudo* jest zaniechanie stosowania danego aktu prawa stanowionego przez organy państwa. Jednak praktyka społeczna w znaczący sposób wpływa na zachowania stosujących prawo, ponadto funkcjonariusze sami są obywatelami⁷¹. Zdaniem J.B. Murphy`ego⁷² choć nie wszystkie jurysdykcje uznają formalnie istnienie *desuetudo*, to jednak wszystkie doświadczają go w praktyce.

Przyjęcie tezy, że obowiązujące formalnie reguły prawa niestosowane przez kompetentne podmioty tracą moc stwarza liczne problemy teoretyczne. Stosowanie tej tezy w praktyce może być trudne, ponieważ trzeba zdecydować kiedy rzeczywiście zachodzi *desuetudo*. Podmiot który ma to stwierdzić - zwykle sąd - musi dać odpowiedź na kilka pytań: praktyka jakich podmiotów czy organów państwa jest relewantna? jak

⁷⁰ De Legibus 7, 18.2: (...) *regula certa est legem humanam sive canonicam sive civilem posse consuetudinem abrogari. In hoc omnes doctores conveniunt; (...). Et quantum ad jus canonicum, habetur expresse in dicto capite ultimo de Consuetudinibus; praeter alia quae generatim docent, antiquam consuetudinem esse servandam quae capite praecedenti citavi. Item in jure civili est expressa De quibus ff. de Legibus in fine dicens: Rectissime receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tactito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (...) Ratione autem probanda est haec assertio, eo modo quo similem in capite praecedenti probavimus, quia ad hunc effectum non deest potestas in populo, si convenienter explicetur, et voluntas per ipsam consuetudinem sufficienter ostenditur: ergo nihil deest quominus per consuetudinem talis effectus fiat.*

⁷¹ W ten sposób, choć przyznając że zwyczaj ludności może być wystarczający do wystąpienia *desuetudo*, J.B. Murphy, *The Philosophy of Customary Law*, Oxford 2014, s. 124 z powołaniem się na rozmowy z Matthew Kramerem

⁷² Tamże.

długo ma trwać? jakiego rodzaju spraw ma dotyczyć? Jakie są wcześniejsze akty stosowania prawa w analogicznych sprawach w których kompetentny podmiot pominął normę co do której zachodzi możliwość wystąpienia *desuetudo*?⁷³.

Jaki może być wpływ założeń ideologicznych czy politycznych na debatę na temat dopuszczalności *desuetudo* w danym porządku prawnym? W systemach służących budowaniu ustrojów opartych na ideologii nie ma miejsca na *desuetudo* praw pochodzących od władzy realizującej wskazania ideologiczne, bowiem takie prawo nigdy nie może być odrzucone przez podmioty tej władzy podległe. Jest to bowiem *implicite* prawo zawsze dobre i potrzebne, zawsze służące budowie "stanu idealnego". Jedynym kto może je uchylać jest władza, ona bowiem wie kiedy prawo już przestało być potrzebne. Obywatel czy sąd jeżeli próbuje powołać się na *desuetudo* co do prawa-narzędzia ideologii to nie rozumie sensu tego prawa, nie rozumie że to prawo istnieje dla jego dobra (oczywiście w rozumieniu zwolenników poglądów które prawo owo wspiera). *Desuetudo* w takim wypadku może istnieć o tyle, o ile odpowiada ideologii, o ile znajduje swe miejsce w jej tezach lub znajdzie jakiś wyraz w prawie pozytywnym. Dopuszczalne a nawet pożądane będzie *desuetudo* norm "dawnego porządku" norm "reakcyjnych" czy "opresyjnych" o których nowy prawodawca np. zapomniał czy nie wiedział, *desuetudo* kierujące się poczuciem sprawiedliwości modelowego człowieka ideologii (np. tzw. socjalistyczne poczucie sprawiedliwości, sprawiedliwość rewolucyjna itp.). Charakterystyczna jest następująca wypowiedź⁷⁴:

„(...) tendencją socjalistycznego porządku prawnego jest jak najdalej posunięte ograniczenie terenu prawa zwyczajowego, a nawet zupełne jego wyparcie. Wyrażone powołanie się w KC na normy prawa zwyczajowego stwarzałoby natomiast klimat przychylny dla powstawania lub utrzymywania się tego rodzaju norm”.

Oczywiście prawo zwyczajowe o którym pisał S. Grzybowski miało być wyparte bo nie było to prawo socjalistyczne, nie mieściło się w ramach budowania nowego porządku, pozostawało poza kontrolą arbitralnego ustawodawcy. Tego rodzaju prawo zwyczajowe i zwyczaj miały

⁷³ Por. J. Wroblewski, *The Judicial Application of Law*, New York, 1992, s. 79.

⁷⁴ S. Grzybowski, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. I, Wrocław 1981, s. 62.

być wyrugowane przez wychowanie, indoktrynację itd. Sądzę że nie wykluczano jednak powstania nowego prawa zwyczajowego wspierającego ustawodawcę, zgodnego ze wskazaniami ideologii lub wypełnienia ram starego prawa nowymi treściami.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na to że zwyczaj uznawano w średniowieczu i epoce przedoświeceniowej nie za rodzaj obyczaju ludu czy archaicznego nawyku, ale za wyraz prawa naturalnego czy *naturalis ratio*. Tak rzecz się miała i we Francji i wśród prawników Common Law⁷⁵. Zwyczaje pochodziły z *ius naturale*⁷⁶, natomiast prawodawcy czasów rewolucji francuskiej stali na stanowisku, że te zwyczaje to nie wyraz naturalnej wolności lecz ekspresja i narzędzie władzy pana feudalnego oraz zbiór praw, których przestrzeganie wymuszał na swych wasalach⁷⁷. Prawnicy tradycji rewolucyjno-oświeceniowej mieli własne, nowe i oderwane od dotychczasowych, koncepcje uniwersalistyczne dotyczące pojęć wolności i równości stojące naprzeciw partykularnych "wolności" regulowanych przez *le droit coutumier*. Rok 1789 prowadził do zniszczenia całej struktury prawa zwyczajowego i zastąpienia go systemem totalnej regulacji kodeksowej⁷⁸. Wobec omnipotencji prawa pozytywnego *desuetudo* byłoby niebezpieczną możliwością powrotu do niepożądanego stanu, który zniosły rewolucyjne przemiany.

Kończąc wywód warto zwrócić uwagę na aspekt socjologiczny, a to na kwestię poznania danej normy przez podmioty których ona dotyczy, bowiem *desuetudo* może być też wywołane nikłym poziomem poznania normy w kręgach jej adresatów, wobec czego dojdzie do stosowania normy jedynie w sporadycznych przypadkach bądź wcale.

⁷⁵ Zob. o zwyczaju jako formie prawa wyższego np. A. Bryk, *The Origins of Constitutional Government*, Kraków 1999, *passim*, a zwłaszcza s. 53 i n. 113 i n. oraz 171 i n.

⁷⁶ Por. N. Bohier, *Consuetudines Bituricenses* f. 1 (Paris 1543) omówienie zwyczaju (*coutume*) Bourges.

⁷⁷ Rene de la Bigotiere, *avertissement*, *Commentaires sur La Coutume de Bretagne* (A Rennes: Chez la veuve de Pierre Garnier, 1702) za: D.R. Kelley, *Lord Deliver Us from Justice*, *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 5: Iss. 1, Article 9. (1993) <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol5/iss1/9>, s. 164, dostęp: 20.07. 2014.

⁷⁸ Por. D.R. Kelley, *Historian and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton 1984 oraz D.R. Kelley, *Lord...*; por. też wyżej cytowana wypowiedź Portalisa o uchylaniu prawa.

Zasadniczym warunkiem motywacyjnego działania, efektywności, nie zaś tylko formalnego obowiązywania, normy prawnej jest to by adresat daną normę znał. Wtedy może on dokonać wyboru określonego postępowania, zdaje sobie sprawę z tego, że obowiązek stosowania się do dyspozycji normy ma charakter prawny a nie np. zwyczajowy, religijny itp. Proces zachodzący między twórcą normy a adresatem można postrzegać jako proces oddziaływania na postawy, oceny i postępowanie adresatów przez przekazywanie informacji normatywnej. Skuteczność informacji o normie zależy od wielu cech jej odbiorców, a to od ich konformizmu w ramach grupy, różnic indywidualnych jeżeli chodzi o podatność na perswazję, predyspozycje motywacyjne, ważny jest też problem czasu trwania skutków informacji. Pojawia się też zasadniczy problem rozumienia tekstu prawa. jego wykładni przez adresatów, zwłaszcza nieprawników⁷⁹.

Nie można mieć zupełnej pewności, że treść normy dotarła do adresata czy to pośrednio czy bezpośrednio. Działanie informacyjne sprowadza się w znacznej mierze do kwestii komunikatywności normy - stopnia jasności i precyzji w jej sformułowaniu, sposób jej publikacji i rozpowszechniania, również wyrobienia i poziomu intelektualnego odbiorcy komunikatu o normie oraz jego zdolności przyswajania sobie nowych wzorców postępowania⁸⁰. Można postawić tezę, że dana norma będzie uchylona przez *desuetudo*, bo nie zdołała „przedostać się” do świadomości prawnej, okazała się nieadekwatna czy nieoperatywna, zatem rzeczywistość społeczna samodzielnie skorygowała stan prawny, eliminując normę nieużyteczną. Widać tu korekcyjną i pożądaną funkcję instytucji *desuetudo* we współczesnych porządkach prawnych cierpiących na inflację różnorodnych przepisów.

Desuetudo in Roman and Continental Legal Tradition

⁷⁹ M. Borucka-Arctowa, *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa 1967, s. 97 i n.; Zob. o rozumieniu tekstu prawnego przez nieprawników badania J. Wróblewskiego, *Zagadnienie jednolitości i pewności rozumienia tekstów prawnych*, PiP 1966, nr 3, s. 539 i n.

⁸⁰ M. Borucka-Arctowa, *O społecznym...* s. 108 i n.

Desuetudo, meaning a state of disuse or weaning, in Roman law was a long-term non-application of a law, which led to falling into oblivion, making it lose its power. D. 1.3.32.1 states that the laws were repealed not only due to the intention of the legislature but also by tacit consent of "everybody". Desuetude in Rome was frequent, it was a component of the Roman customary law. It was also accepted by *ius commune* jurisprudence. Today desuetude is understood as nullification of formally not repealed regulation due to lack of its application for a long period of time. Strictly positivist opinion rejects desuetude. However, the highly formal and rigorous interpretation of constitutional enumerations of sources of law making custom irrelevant contradicts reality. Plain inefficiency of the norm does cause its elimination. Desuetude differs from the derogatory legislation by lack of declared legislator's will. It is not synonymous with disobedience to the law. There is a dispute over whether to revoke the law by desuetude behavior of citizens or state authorities is decisive. Desuetude can also be caused by a faint level of knowledge about norm by the addressees. Such norm will be tacitly repealed due to being inoperative. Then the social reality corrects law.

Aniła Kubanek*

Przymus bezpośredni stosowany w celach leczniczych

Państwo, w celu realizacji swoich funkcji, wyposażone jest w różnorodne środki i narzędzia prawne. Jednym z najbardziej dolegliwych jest przymus bezpośredni, który wiąże się z użyciem siły fizycznej. Tylko państwo może legalnie stosować ten rodzaj przymusu, gdyż jego użycie głęboko ingeruje w sferę praw i wolności człowieka i obywatela. Przymus stosowany państwo może dotyczyć wielu sfer życia jednostki. Dlatego zjawisko to jest tak zróżnicowane i swym zakresem sięga tak wielu obszarów. Ich rozróżnienia dokonać można ze względu na cel zastosowania przymusu. Jednym z celów, omówionym w niniejszym artykule, jest cel leczniczy. Stosowanie przymusu jest więc związane ze zdrowiem, zwłaszcza zdrowiem psychicznym jednostki. Warunki i przesłanki zastosowania, rodzaje środków oraz krąg osób, wobec których przymus może być zastosowany są szczegółowo uregulowane przez prawo. Niespełnienie choćby jednego z tych warunków lub jednej z zasad zastosowania jest równoznaczne z przekroczeniem uprawnień. Oczywiście przymus nie jest celem samym w sobie, a środkiem / narzędziem realizacji wyższych celów, w przypadku niniejszego artykułu – celów leczniczych. Zatem celem zastosowania przymusu nie jest sprawienie dolegliwości jednostce, a ochrona osób trzecich przez bezpośrednimi atakami ze strony tej osoby oraz przejawom autoagresji.

* Autorka jest doktorantką Katedry Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

1. Wprowadzenie

Przymus bezpośredni jest wyłącznie atrybutem państwa. Żaden inny podmiot, ani żadna jednostka nie jest uprawniona do jego stosowania, a jeśli sięga po te środki to dokonuje tego bezprawnie. Wyłącznie państwo posiada monopol na stosowanie tego rodzaju przymusu i realizuje to uprawnienie za pośrednictwem wyspecjalizowanych organów państwowych. Przymus bezpośredni, co należy na wstępie podkreślić, nie jest celem samym w sobie a narzędziem realizacji wyższych celów. Przymus jest stosowany jako środek uzyskiwania podporządkowania, niwelowania bezpośrednich zagrożeń czy też zapobiegania ich występowaniu w niedalekiej przyszłości.

Państwo może stosować przymus bezpośredni w różnych celach, które można określić jako obszary zastosowania przymusu. Wyodrębniam cztery główne obszary: zastosowanie przymusu w celu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego¹, w celach leczniczych, w celach wychowawczych² oraz w celu zapewnienia prawidłowego toku postępowania (postępowanie administracyjne, karne i cywilne).

Literatura przedmiotu, której analizy dokonano na potrzeby niniejszego artykułu, była uboga w komentarze do przepisów o przymusie bezpośrednim. Oczywiście komentarzy do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jest niezwykle dużo, jednak przepisy o przymusie nie są już komentowane a wyłącznie cytowane. Stąd w niniejszym artykule zamieściłam komentarze autorskie, a założenia w nim zawarte oparte są o obowiązujące akty normatywne.

¹ Przymus bezpośredni stosowany przez funkcjonariuszy Policji, Służby Więziennej czy Straży Granicznej. Podstawa prawna: ustawa z dnia 23 maja 2013 roku o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz.U. z 2013r., Nr 628, poz. 1165, z późn zm.)

² Przymus bezpośredni stosowany przez wychowawców w zakładach poprawczych, schroniskach dla nieletnich oraz młodzieżowych ośrodkach adaptacyjnych, Podstawa prawna: ustawa z dnia 26 października 1982 roku o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 1982r., Nr 35, poz. 228, z późn. zm).

2. Kryteria wyodrębnienia przymusu bezpośredniego stosowanego w celach leczniczych

Stosowanie przymusu bezpośredniego w ramach obszaru leczniczego znacznie różni się od wspomnianych obszarów zastosowania. Przede wszystkim przymus ten może być stosowany wobec ściśle określonej kategorii osób. Są to wyłącznie: osoby z zaburzeniami psychicznymi (w tym pacjenci zakładów psychiatrycznych lub jednostek organizacyjnych pomocy społecznej oraz osoby przebywające w KOZZD³), osoby w stanie nietrzeźwości doprowadzone do izby wytrzeźwień, placówki lub jednostki Policji oraz osoby, które nie poddają się obowiązkowi szczepieniom.

Krąg osób, wobec których można zastosować przymus jest zatem znacznie węższy niż w przypadku kręgu osób, wobec których przymus może zastosować np. Policja. Co więcej, nie występuje wśród wyżej wymienionych osób tak duże (o ile w ogóle występuje) nasilenie działań bezprawnych, niezgodnych z prawem, jakie występuje w przypadku sprawców czynów zabronionych, wobec których Policja stosuje przymus.

Ponadto czynnikiem odróżniającym omawiane obszary przymusu jest także miejsce jego zastosowania. W przypadku przymusu zastosowanego w celu zapewnienia bezpieczeństwa mogło to być (prawie) każde miejsce, w którym dojdzie do zagrożenia. W przypadku przymusu leczniczo-wychowawczego będą to wyłącznie placówki służby zdrowia (w kontekście szczepień), szpitale psychiatryczne, jednostki organizacyjnej pomocy społecznej, KOZZD, izby wytrzeźwień (jednostki Policji lub inne placówki). Oznacza to, że lekarz nie może zastosować przymusu bezpośredniego poza szpitalem.

Specyfika przymusu bezpośredniego leczniczego powoduje, że ilość środków przymusu jest znacznie ograniczona w porównaniu do pozosta-

³ Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym utworzony w drodze ustawy z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz. U. z 2013 roku, Nr, poz. 24).

łych obszarów zastosowania przymusu. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby funkcjonariusz Policji miał do dyspozycji wobec sprawcy czynu zabronionego te same środki, które ma do dyspozycji lekarz w szpitalu psychiatrycznym wobec osoby niepoczytalnej stwarzającej chwilowe zagrożenie dla osób, będących w jej otoczeniu.

3. Stosowanie przymusu bezpośredniego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi umieszczonych w szpitalach psychiatrycznych

Najbardziej kontrowersyjnym zagadnieniem w kontekście stosowania przymusu bezpośredniego w omawianym obszarze jest jego zastosowanie w stosunku do pacjentów szpitali psychiatrycznych. Kontrowersja ta wynika głównie z faktu, że osoba, wobec której stosuje się przymus, nie do końca ma świadomość swoich czynów (lub wcale nie jest świadoma) i tym samym wątpliwe jest użycie wobec niej przymusu w celu uzyskania podporządkowania. Same podstawy działań tej osoby są podważalne (np. poprzez brak poczytalności), więc i środki wobec niej zastosowane budzą niekiedy wątpliwości. Poza tym, często dochodzi do głosu opinia, że w szpitalach psychiatrycznych, w związku z brakiem świadomości pacjentów, środki przymusu czy nawet przemoc są nadużywane, a ich pierwotny cel ulega zatarciu.

Niewątpliwie w przypadku pacjentów szpitali psychiatrycznych mamy do czynienia z jednym z ważniejszych dóbr jakim jest zdrowie, w tym zdrowie psychiczne człowieka. Zgodnie z art. 68 Konstytucji RP z 1997 roku, każdy ma prawo do ochrony zdrowia, w tym także do ochrony zdrowia psychicznego. Kodeks cywilny z 1964 roku⁴ wymienia w art. 23 zdrowie, jako jedno z dóbr osobistych każdego człowieka. Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego⁵ uznaje zdrowie psychiczne za fundamentalne dobro osobiste człowieka a odpowiedzialność za jego ochronę oraz ochronę praw osób z zaburzeniami psychicznymi przypisuje organom państwa.

⁴ Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93, z późn. zm.

⁵ Dz.U. z 1994 r., Nr 111, poz. 535, z późn. zm.

Zdrowie psychiczne, jako jedno z dóbr człowieka, podlega więc ochronie w ramach wielu aktów prawnych. Jego znaczenie w życiu jednostki jest ogromne, co podyktowane jest wieloma uwarunkowaniami. Po pierwsze zdrowie psychiczne stanowi wyznacznik funkcjonowania w społeczeństwie, wyznacznik akceptacji społecznej i radzenia sobie jednostki w życiu codziennym, umiejętnego stawiania czoła problemom i wyzwaniom oraz, co istotne, wyznacznik odpowiadania określonym w społeczeństwie standardom. Niektóre bowiem z zachowań mogą być postrzegane w jednej kulturze za „normalne”, zwyczajowo przyjęte, podczas gdy w innej kulturze będą rodziły konsekwencje prawno-karne i odrzucenie społeczne. Osoby z zaburzeniami psychicznymi czują się często napiętnowane przez pozostałych członków wspólnoty społecznej, jako że nie odpowiadają przyjętym standardom. Dyskryminacja i odrzucenie przez innych może mieć bardzo negatywne konsekwencje⁶, w tym także samobójstwa.

Po drugie, zaburzenia zdrowia psychicznego stanowią jedno z podłoży motywacyjnych przestępstw⁷. Psychiatrzy analizując psychikę sprawców, często upatrują w negatywnych wydarzeniach mających miejsce w przeszłości (zwłaszcza na tle seksualnym), podstawy zaburzeń psychicznych, które następnie prowadzą do ataków na tle seksualnym na inne osoby.

Po trzecie, stan psychiki ma kluczowe znaczenie w kontekście odpowiedzialności za popełnione czyny zabronione. Zaburzenia psychiczne, mogą bowiem spowodować, że osoba w chwili popełnienia przestępstwa staje się niepoczytalna lub ma ograniczoną poczytalność. Dopuszczalne jest nawet wyłączenie odpowiedzialności karnej poprzez orzeczenie niepoczytalności sprawcy w momencie popełniania czynu zabronionego. Zgodnie z art. 31 §1 Kodeksu karnego⁸ nie popełnia przestępstwa, kto z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych, nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem. Jest to obok

⁶ T. Davis, T. Craig, *ABC zdrowia psychicznego*, Medical Press, Gdańsk 1999, s. 6.

⁷ A. Kubanek, *Stosowanie przymusu bezpośredniego wobec osób wykazujących zaburzenia psychiczne*, [w:] *Studia z zakresu prawa, administracji i zarządzania Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Tom 4*, Wyd. IPAZ, Bydgoszcz 2013, s. 274.

⁸ Dz. U. z 1997r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

błądu (co do faktu, co do prawa i co do kontratypu) i rozkazu przełożonego, jedna z okoliczności wyłączających (uchylające) winę⁹.

W związku z powyższym należy przyjąć, że zdrowie psychiczne jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania jednostki w społeczeństwie i zachowań zgodnych z prawem. Niestety nie zawsze zdrowie to można zachować w takim stanie, w jakim wymagają tego od nas „standardy kulturowe”. Nieustające napięcie i tempo życia codziennego, wielość czynników zewnętrznych przy niskiej odporności osobowości oraz osłabiona percepcja spowodowana natłokiem bodźców zewnętrznych powodują, że psychika człowieka staje się coraz słabsza i coraz bardziej podatna na stresory¹⁰. Bez względu na przyczynę lub czynnik wpływający na człowieka, jego zdrowie psychiczne jest w ówczesnych czasach bardzo zagrożone. Zaburzenia psychiczne dotyczą coraz większej liczby osób i mają ogromny wpływ na funkcjonowanie całych współczesnych społeczeństw.

Podstawowym aktem dotyczącym stosowania przymusu bezpośredniego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, umieszczonych w szpitalach psychiatrycznych jest ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego¹¹. Ustawa w art. 1 ust. 1 podkreśla, że ochronę zdrowia psychicznego zapewniają organy administracji rządowej i samorządowej oraz instytucje do tego powołane. Dlatego dla osób z zaburzeniami psychicznymi ustawodawca przewidział specjalne placówki, które stanowią zakłady opieki zdrowotnej i które udzielają świadczeń zdrowotnych osobom tego wymagającym. Są to szpitale psychiatryczne, których celem jest odbycie terapii psychiatrycznej. W Polsce są one dotowane z budżetu państwa. Dzielą się na szpitale otwarte i za-

⁹ I. Bernatek-Zagula, P. Kobes, *Prawo karne dla administratywistów. Zarys problematyki*, PWSZ, Legnica 2013, s. 23.

¹⁰ Pojęcie stresorów wprowadzone zostało w ramach teorii salutogenezy przez profesora socjologii medycyny – Aarona Antonovskiego. Zdaniem autora istotą stresorów jest to, że rodzą napięcie. Wyróżnia on stresory przewlekłe (sytuacja życiowa, stan bądź cecha o podstawowym znaczeniu w życiu jednostki), ważne wydarzenia życiowe oraz dokuczliwe kłopoty codzienne. A. Antonovsky, *Rozwikłanie tajemnicy zdrowia. Jak radzić sobie ze stresem i nie zachorować*, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Warszawa 2005, s. 42-43.

¹¹ Dz.U. z 1994r., Nr 111, poz. 535.

mnęte, mogą się specjalizować w leczeniu chorób lub uzależnień. Podobną funkcję pełnią zakłady psychiatryczne, które mogą być oddziałami ogólnego szpitala¹².

Art. 3 pkt. 2 cytowanej ustawy uznaje za szpital psychiatryczny również: oddział psychiatryczny w szpitalu ogólnym, klinikę psychiatryczną, sanatorium dla osób z zaburzeniami psychicznymi, inne przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, sprawującego całodobową opiekę psychiatryczną lub odwykową. Ustawodawca, uszczegóławiając zakres podmiotowy pojęcia szpital psychiatryczny, stworzył tym samym listę placówek psychiatrycznych, w których można stosować przymus bezpośredni. W żadnym innym miejscu poza wymienionymi w art. 3 pkt. 2 ustawy placówkami personelowi medycznemu nie wolno stosować przymusu bezpośredniego na mocy cytowanej ustawy.

W art. 3, oprócz enumeratywnego wymienienia placówek, ustawodawca zamieścił także zapisy dotyczące kręgu osób, wobec których można stosować przymus bezpośredni. Punkt 1 art. 3 zawiera doprecyzowanie pojęcia osoby z zaburzeniami psychicznymi. Jest to osoba: chora psychicznie (wykazująca zaburzenia psychotyczne) lub upośledzona umysłowo lub wykazująca inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym.

Ustawodawca reguluje, że przymus bezpośredni można stosować tylko i wyłącznie, gdy przepis ustawy o ochronie zdrowia psychicznego do tego upoważnia. Są to następujące przypadki: art. 21 ust. 3 ustawy, który uprawnia do zastosowania przymusu bezpośredniego podczas przewożenia pacjenta, po zarządzeniu przez lekarza bezzwłocznego przekazania pacjenta do szpitala psychiatrycznego. W takim przypadku można zastosować przymus bezpośredni (w celu dostarczenia pacjenta do szpitala) jednak musi to zostać wykonane w obecności lekarza, pielęgniarki lub zespołu ratownictwa medycznego. Kolejny przypadek - art. 34 ustawy – wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej

¹² M. Sygit, *Zdrowie publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 343, 346.

zgody można stosować przymus bezpośredni w celu dokonania niezbędnych czynności leczniczych (mających na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody). Upoważnienie występuje także w przypadku zapobieżenia opuszczenia szpitala psychiatrycznego (art. 34 ustawy) lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej (art. 40 ust. 3 ustawy)¹³ lub w przypadku wykonywania postanowień sądowych o przyjęciu do domu pomocy społecznej lub szpitala psychiatrycznego (w tym zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie przez Policję).

Ponadto, zgodnie z art. 18 ust. 1 cytowanej ustawy, występują określone przesłanki zastosowania przymusu, których źródłem jest zachowanie osoby z zaburzeniami psychicznymi. Zatem przymus bezpośredni można stosować, jeżeli dana osoba: dopuszcza się zamachu przeciwko życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby lub bezpieczeństwu powszechnemu, lub w sposób gwałtowny niszczy lub uszkadza przedmioty znajdujące się w jej otoczeniu, lub poważnie zakłóca lub uniemożliwia funkcjonowanie podmiotu leczniczego udzielającego świadczenia zdrowotnego w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej

Obowiązują ogólne zasady dotyczące stosowania przymusu bezpośredniego w stosunku do osób z zaburzeniami psychicznymi. Zasady te reguluje ustawa o ochronie zdrowia psychicznego, jak również akt wykonawczy – Rozporządzenie z dnia 28 czerwca 2012 roku w sprawie sposobu stosowania i dokumentowania zastosowania przymusu bezpośredniego oraz dokonywania oceny zasadności jego zastosowania¹⁴.

Zasada ostrzeżenia o zastosowaniu, zgodnie z którą przed zastosowaniem przymusu uprzedza się o tym osobę, wobec której środek ten ma być podjęty. Obowiązuje także zasada minimalizacji skutków, zgodnie z którą przy wyborze środka przymusu należy wybierać środek możliwie dla tej osoby najmniej uciążliwy¹⁵. Zgodnie z A. Millerem, który w ra-

¹³ Zapobieżenie opuszczeniu szpitala psychiatrycznego lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej nie jest przesłanką w ramach przesłanek zastosowania przymusu bezpośredniego określonych w art. 18 ust. 1

¹⁴ Dz.U. z 2012 r., poz. 740.

¹⁵ Analogiczne zasady występują w przypadku stosowania śpb w ramach ustawy o śpb z 2013 roku. Nazwy zasad wprowadzone przez doktrynę, np. A. Tyburska (red.),

mach badań socjologicznych spędził 11 tygodni w szpitalu psychiatrycznym, podczas pobytu w szpitalu „charakterystyczne były częste ustne oskarżenia kierowane przez personel w stosunku do naruszających wewnętrzny porządek pacjentów. Z jednej strony obowiązujące regulacje prawne wymagają, by każdorazowe zastosowanie przymusu bezpośredniego było poprzedzone ostrzeżeniem, z drugiej strony słowne przestrogi pełniły dodatkową funkcję. Podkreślały istnienie władztwa personelu nad podwładnymi, charakterystycznego dla instytucji totalnych i wyrażającego się w obecności systemu atrybutów będących w dyspozycji personelu, a służących zapewnianiu przestrzegania ustanowionych w instytucji reguł. Słowne ostrzeżenia, nawet jeżeli aktualna sytuacja wskazywała na nikłe prawdopodobieństwo ich wcielenia w życie, wpływały na kształtowanie i podtrzymywanie wśród pacjentów przekonania o byciu poddanym instytucjonalnemu nadzorowi i kontroli, przewidującym określone sposoby egzekwowania posłuszeństwa”¹⁶.

Przy stosowaniu przymusu należy zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby. Zgodnie a §2 Rozporządzenia, zastosować można więcej niż jeden środek spośród przewidzianych ustawą. Przymus może trwać tylko do czasu ustania przyczyn jego zastosowania (zasada niezbędności).

Art. 3 pkt. 6 określa poszczególne rodzaje środków przymusu bezpośredniego, które mogą zostać zastosowane wobec osób z zaburzeniami psychicznymi, przebywających w szpitalach psychiatrycznych. Należą do nich: przytrzymanie, przymusowe podanie leków, unieruchomienie oraz izolacja.

Przy czym zaznaczyć należy, że w stosunku do osób, które dopuszczają się zamachu przeciwko życiu lub zdrowiu własnym lub innej osoby oraz mieniu oraz osób, które w sposób gwałtowny niszczą przedmioty znajdujące się w ich otoczeniu – można zastosować każdy z wyżej wymienionych środków. Jednak w przypadku osób, które poważnie zakłócają lub uniemożliwiają funkcjonowanie podmiotu leczniczego – wyłącznie przytrzymanie lub przymusowe podanie leków.

Wybrane zagadnienia dotyczące środków przymusu bezpośredniego i broni palnej przez policjantów, Wyd. WSPol, Szczytno 2009, s. 10 i 11.

¹⁶ A. Miller, *Szpital psychiatryczny jako instytucja totalna. Socjologiczne studium przypadku*, WUW, Warszawa 2013, s. 171-173.

Przetrzymanie polega na doraźnym, krótkotrwałym unieruchomieniu osoby z użyciem siły fizycznej.

Przymusowe podanie leków to doraźne lub w przewidziane w planie postępowania leczniczego wprowadzenie leków do organizmu osoby bez jej zgody.

Unieruchomienie to obezwładnienie osoby z użyciem pasów, uchwytów, prześcieradeł, kaftana bezpieczeństwa lub innych urządzeń technicznych. Odbywa się ono, zgodnie z §7 ust. 1 Rozporządzenia w pomieszczeniu jednoosobowym. W przypadku braku takiej możliwości środek ten jest stosowany w sposób umożliwiający oddzielenie tej osoby od innych osób przebywających w tym samym pomieszczeniu. Unieruchomienie musi być realizowane z zapewnieniem poszanowania godności i intymności danej osoby, w szczególności przez wykonywanie zabiegów pielęgnacyjnych bez obecności innych osób (§7 ust. 2).

Izolacja polega na umieszczeniu osoby, pojedynczo, w zamkniętym i odpowiednio przystosowanym pomieszczeniu. Oznacza to, zgodnie z § 8 ust. 1 Rozporządzenia, że pomieszczenie powinno być urządzone w sposób zabezpieczający przed uszkodzeniem ciała osoby z zaburzeniami psychicznymi. Dodatkowo, pomieszczenie to powinno odpowiadać pod względem warunków bytowych i sanitarnych innym pomieszczeniom szpitala psychiatrycznego lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej. Zgodnie z § 9 Rozporządzenia osobie z zaburzeniami psychicznymi, wobec której stosowany jest przymus bezpośredni w formie unieruchomienia lub izolacji należy odebrać przedmioty, które mogą być niebezpieczne dla życia lub zdrowia tej osoby lub osób trzecich. Konfiskacie powinny podlegać w szczególności: przedmioty ostre, okulary, protezy zębowe, pas, szelki, sznurowadła i źródła ognia.

Pomieszczenie przeznaczone do izolacji wyposaża się w instalację monitoringu, która umożliwia stały nadzór nad osobą odizolowaną oraz kontrolę wykonywania obowiązków pielęgniarstwa, tj. kontrolowanie stanu fizycznego osoby izolowanej (jak również unieruchomionej) nie rzadziej niż co 15 minut - również w czasie snu tej osoby (§10 ust. 1 Rozporządzenia). W trakcie kontroli pielęgniarstwo ocenia prawidłowość unieruchomienia, a w szczególności sprawdza, czy pasy, uchwyty, prześcieradła, kaftan bezpieczeństwa lub inne urządzenia techniczne nie są

założone zbyt luźno albo zbyt ciasno. Ponadto w ramach kontroli pielęgniarka zapewnia krótkotrwałe częściowe lub całkowite uwolnienie osoby z zaburzeniami psychicznymi od nieuruchomienia w celu zmiany jej pozycji lub zaspokojenia potrzeb fizjologicznych i higienicznych. Uwolnienie to nie może występować rzadziej niż co 4 godziny.

Stan fizyczny osoby unieruchomionej jest więc kontrolowany i systematycznie weryfikowany. Jeśli wystąpi zagrożenie dla zdrowia lub życia osoby unieruchomionej lub izolowanej pielęgniarka jest obowiązana zawiadomić lekarza¹⁷.

Unieruchomienie lub izolacja może być zlecona na czas nie dłuższy niż 4 godziny. Lekarz, po osobistym badaniu osoby z zaburzeniami psychicznymi, może przedłużyć stosowanie przymusu na następne dwa okresy, nie dłuższe niż 6-godzinne. Po dwukrotnym przedłużeniu okresu stosowania dalsze przedłużenie stosowania tych środków (na kolejne okresy nie dłuższe niż 6-godzinne) jest dopuszczalne wyłącznie po każdorazowym osobistym badaniu osoby z zaburzeniami psychicznymi oraz po uzyskaniu opinii innego lekarza będącego lekarzem psychiatrą. Jeżeli łączny okres zastosowania przymusu wyniesie 24 godziny, to obowiązkiem lekarza jest powiadomienie również ordynatora (§4 ust. 6 Rozporządzenia). Jeżeli sytuacja ma miejsce w jednostce organizacyjnej pomocy społecznej, gdzie nie jest zatrudniony lekarz, pielęgniarka, które zdecydowała o zastosowaniu unieruchomienia lub izolacji, może przedłużyć okres stosowania na okres nie dłuższy niż 4 godziny. W tych placówkach czas stosowania przymusu nie może zatem przekroczyć łącznie 8 godzin (jednorazowe przedłużenie). Dalsze przedłużenie jest dopuszczalne ale wyłącznie w warunkach szpitalnych.

Zgodnie z A. Millerem, pasy to najczęściej stosowany w szpitalach psychiatrycznych środek przymusu bezpośredniego. Jest to jeden z pierwszych tzw. humanitarnych środków penalizacyjnych, które nie polegały już na naruszeniu integralności cielesnej pacjentów. Ten rodzaj środka przymusu (unieruchomienie), zdaniem cytowanego autora, najczęściej był stosowany wobec pacjentów, którzy uporczywie naruszali

¹⁷ Lub Państwowe Ratownictwo Medyczne jeśli dana jednostka organizacyjna pomocy społecznej nie zatrudnia lekarza.

postanowienia szpitalnych regulaminów, zakłócając tym samym funkcjonowanie całego podmiotu leczniczego, jak również wobec pacjentów agresywnych (wdających się w bójki, zaczepiających innych) w stosunku do innych i do personelu oraz pacjentów niszczących mienie danej placówki. Po ten środek uprawnieni sięgali w ostateczności, kiedy środki słowne nie przynosiły oczekiwanych rezultatów i gdy nie można było oczekiwać zmiany w zachowaniu pacjenta. Zdaniem socjologa, w „pasach leżały bardzo często osoby nowo przyjęte do szpitala, przebywające w sali obserwacyjnej. Uzasadnione to było głównie troską o ich własne zdrowie (np. uniemożliwienie choremu wyjęcia założonego wenflonu)”. Pozostałe środki przymusu były, zdaniem socjologa, znacznie rzadziej stosowane. „Przykładowo, wbrew powszechnie obowiązującym wyobrażeniom o notorycznym używaniu kaftana bezpieczeństwa do poskramiania niesubordynowanych pacjentów, w ciągu 11 tygodni przebywania w szpitalu zastosowano kaftan jedynie dwukrotnie. Kaftan bowiem staje się bezużyteczny, jeśli chodzi o unieruchomienie osoby – uniemożliwia wykonywanie ruchów rękami, lecz nie zapobiega przemieszczaniu się pacjenta”¹⁸.

O zastosowaniu przymusu bezpośredniego decyduje co do zasady lekarz, który jednocześnie określa rodzaj zastosowanego środka przymusu oraz osobiście nadzoruje jego wykonanie (art. 18 ust. 2 ustawy). Przy czym, lekarz ma obowiązek powiadomić kierownika danego podmiotu leczniczego o zastosowaniu przymusu. Jeżeli nie jest możliwe uzyskanie natychmiastowej decyzji lekarza o zastosowaniu przymusu bezpośredniego decyduje pielęgniarka, która jest tym samym obowiązana niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie lekarza. Również w tym przypadku pielęgniarka nadzoruje osobiście zastosowanie przymusu. Zaznaczyć należy, że lekarz ma obowiązek niezwłocznie zatwierdzić (poprzez osobiste badanie osoby z zaburzeniami psychicznymi) zlecony przez pielęgniarkę przymus lub nakazać zaprzestanie jego stosowania.

Jeżeli nie jest możliwe uzyskanie decyzji ani lekarza, ani pielęgniarki o zastosowaniu przymusu decyduje kierujący akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych (np. w przypadku osoby z zaburzeniami psychicznymi, po wystąpieniu przesłanek określonych w art. 18

¹⁸ A. Miller, *Szpital psychiatryczny...*, s. 174.

ust. 1), który jest zobowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie dyspozytora medycznego. Przy czym zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 18 ust. 7, kierujący akcją może zastosować wyłącznie przymus polegający na unieruchomieniu lub przytrzymaniu. Przymus bezpośredni w omawianym przypadku stosuje się nie dłużej niż przez czas niezbędny dla uzyskania pomocy lekarskiej, a w przypadku, gdy jej uzyskanie jest utrudnione, na czas niezbędny do przewiezienia osoby do podmiotu leczniczego. Przewiezienie osoby, wobec której zastosowano unieruchomienie lub przytrzymanie następuje w obecności zespołu ratownictwa medycznego.

Jeżeli przesłanka zastosowania przymusu wystąpiła w jednostce organizacyjnej pomocy społecznej, która nie zatrudnia lekarza pielęgniarka przekazuje meldunek o zastosowaniu kierownikowi jednostki, który ma obowiązek poinformowania o tym fakcie upoważnionego przez marszałka województwa lekarza specjalistę w dziedzinie psychiatrii. Zauważyć należy, że w procedurze zastosowania przymusu bezpośredniego każdorazowo musi pojawić się weryfikacja dokonana przez lekarza (na różnych etapach procedury), który zatwierdza lub ewentualnie przerywa stosowanie przymusu jak również dokonuje oceny i zasadności zastosowania.

W przypadkach określonych powyżej lekarz, pielęgniarka lub kierujący akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych mają prawo żądania pomocy od Państwowego ratownictwa Medycznego, Policji oraz Państwowej Straży Pożarnej, w celu realizacji środków przymusu przewidzianych w ustawie.

Zgodnie z art. 18 ust. 2 każdy przypadek zastosowania przymusu bezpośredniego odnotowuje się w dokumentacji medycznej. Regulacje dotyczące dokumentowania i badania zasadności zastosowania przymusu w konkretnej sytuacji zawarte są w cytowanym wcześniej Rozporządzeniu. Podkreślenia wymaga fakt, że obowiązek dokumentowania zastosowania obowiązuje w każdej z placówek. Najszerszy jest on w przypadku szpitala psychiatrycznego, gdzie notatka umieszczona w historii choroby zawiera takie informacje jak: zastosowany środek przymusu bezpośredniego, przyczyny zastosowania, w tym uzasadnienie wyboru danego środka, czas stosowania przymusu bezpośredniego oraz przyczyny jego

ewentualnego przedłużenia, informacje o uprzedzeniu osoby z zaburzeniami psychicznymi przed zastosowaniem środka, że środek ten ma zostać wobec niej podjęty.

Informację o zastosowaniu umieszcza się także w księdze raportów (szpital psychiatryczny) i rejestrze (jednostka organizacyjna pomocy społecznej). Ponadto, jeżeli środkiem przymusu było unieruchomienie lub izolacja, osoba decydująca o zastosowaniu środka wypełnia niezwłocznie kartę unieruchomienia lub izolacji, uzasadniając przyczyny zastosowania przymusu, wybór środka i czas jego stosowania.

Analizując przepisy dotyczące zawiadamiania o zastosowaniu przymusu bezpośredniego oraz związane z tym zawiadamianiem obowiązki, w tym weryfikację zlecenia przymusu, badanie zasadności zastosowania itp. można wysnuć wniosek, że ustawa o ochronie zdrowia psychicznego i akty wykonawcze kładą duży nacisk na prawidłowe zastosowanie przymusu, poparte wystąpieniem przesłanki, doborem odpowiedniego środka i czasu stosowania. Dlatego z całą pewnością można stwierdzić, że zapis w ustawie (art. 18 ust. 11) o uwzględnieniu potrzeb ochrony praw i godności osoby, wobec której jest stosowany przymus bezpośredni, jest w pełni realizowany.

Od przymusu bezpośredniego stosowanego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi należy odróżnić przymusowe leczenie, w ramach którego dokonuje się czynności medycznych (badań laboratoryjnych, diagnostycznych czy hospitalizacji), a które to czynności mogą być wykonywane bez zgody pacjenta¹⁹.

Zjawisko stosowania przymusu w szpitalach psychiatrycznych jest dość częste. Nie oznacza to jednak, że w tych placówkach przymus jest nadużywany. Przyczyną częstego stosowania tego rodzaju środków jest wystąpienie ustawowych przesłanek czy też potrzeb zastosowania przymusu oraz znaczny wzrost ilości pacjentów i tym samym osób z zaburzeniami psychicznymi. Dla celów niniejszej pracy przeprowadzono analizę skali zjawiska, której poddano szpitale psychiatryczne w Polsce. Poniższa tabela prezentuje wyniki badań.

Jak relacjonuje A. Miller, „przebywający w szpitalu pacjenci nie mieli żalu do personelu o użycie środków przymusu bezpośredniego, nie

¹⁹ J. Zajdet, *Prawo w medycynie. Podręcznik dla lekarzy*, Progress, Łódź 2006, s. 27.

podważali celowości ich zastosowania, a także przeważnie nie dostrzegali tych środków jako wymierzonych przeciwko ich godności czy zmierzających do ich poniżenia, raczej milcząco je akceptując. Na taki stan rzeczy wpływ miało niewątpliwie to, że ten atrybut władzy przysługujący personelowi ulegał aktualizacji tylko w sytuacjach naprawdę wyjątkowych, gdy zawodziły inne sposoby zapewnianie porządku lub bezpieczeństwa, konkretne okoliczności uzasadniały sięgnięcie do bardziej zdecydowanych rozwiązań. W mojej subiektywnej ocenie personel nigdy nie nadużył władzy przysługującej mu z tytułu możliwości stosowania środków penalizacyjnych. Pacjenci dobrze wiedzieli, za jakie kategorie naruszeń groził konkretny środek, dzięki czemu mogli kierować (starać się kierować) swoim postępowaniem, by nie narażać się na najcięższy wymiar sankcji”²⁰.

Tabela 1. Ilość przypadków zastosowania przymusu bezpośredniego w szpitalach psychiatrycznych w Polsce w latach 2011-2014

L.p.	Nazwa szpitala	Przypadki zastosowania przymusu bezpośredniego			
		2011	2012	2013	2014
1.	Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Lubiążu	538	412	524	539
2.	Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Starogardzie Gdańskim	1857	984	1121	1343
3.	Szpital w Lipnie (3 Oddziały Psychiatryczne)	219	244	233	141
4.	Mazowieckie Centrum Psychiatrii „DREWNICA” Żąbki	1068	1059	813	714
5.	Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Złotoryi	261	156	242	254
6.	Wojewódzki Szpital Neuropsychiatryczny w Lublińcu	2030	1838	1531	1552

Źródło: Opracowanie własne na podstawie zebranych danych

4. Stosowanie przymusu bezpośredniego w KOZZD

Biorąc pod uwagę osoby z zaburzeniami psychicznymi przymus bezpośredni można również stosować wobec osadzonych w Krajowym

²⁰ A. Miller, *Szpital psychiatryczny...*, op. cit., s. 175.

Ośrodki Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym. Kwestie te reguluje ustawa z 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób²¹ (nazywana dalej ustawą o osobach stwarzających zagrożenie). W mediach i opinii publicznej ustawa ta określana jest jako „ustawa o bestiach”. Spowodowane jest to faktem, że w Ośrodku tym umieszczane są osoby „stwarzające zagrożenie”, a więc osoby, które: odbywają prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywana w systemie terapeutycznym i są w trakcie postępowania wykonawczego występowały u nich zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych i stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Reasumując, osoba spełniająca łącznie wszystkie z powyższych przesłanek powinna zostać umieszczona w Ośrodku, w celu zapobieżenia niebezpieczeństwu czy zagrożeniu, jakie mogłoby wystąpić, gdyby dana osoba znalazła się na wolności. Osoby pozbawione wolności za najcięższe zbrodnie czy czyny po określonym czasie mają prawo do wolności. Jednak część z nich, podczas odbywania kary pozbawienia wolności, wykazywała lub nadal wykazuje zaburzenia czynności psychicznych, które mogą rodzić zagrożenie dla innych osób. Dlatego powołano Ośrodek, w którym osoby takie, po opuszczeniu zakładu karnego, zostaną umieszczone. Zgodnie z art. 4 ust. 3 zadaniem Ośrodka jest prowadzenie postępowania terapeutycznego wobec osób stwarzających zagrożenie umieszczonych w Ośrodku.

Ustawa jest przedmiotem licznych wątpliwości, kontrowersji a w konsekwencji analizy zgodności z Konstytucją, która przeprowadzana jest właśnie przez Trybunał Konstytucyjny na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich (nr sprawy w Trybunale Konstytucyjnym K11/14).

²¹ Dz.U. z 2014, poz. 24.

W ramach funkcjonowania Ośrodka powołano służby ochrony, której zadania są realizowane przez pracowników wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej²². Do zadań służby ochrony należy, zgodnie z art. 6 ust. 2 cytowanej ustawy, ochrona osób przebywających w Ośrodku, ochrona mienia, zapewnienie bezpieczeństwa i porządku na terenie Ośrodka, a także zapewnienie, aby osoby stwarzające zagrożenie w nim umieszczone nie opuściły go i nie oddaliły się samowolnie.

W ramach uprawnień pracownik ochrony może zastosować względem osoby umieszczonej w Ośrodku przymus bezpośredni. Podobnie jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego również w tym przypadku obowiązują ogólne zasady stosowania przymusu bezpośredniego. Przede wszystkim nie można go stosować dłużej niż wymaga tego potrzeba. Poza tym analogicznie występują w art. 34 ust. 3 ustawy: zasada ostrzeżenia (uprzedzenie o zastosowaniu przymusu), zasada minimalizacji skutków (przymus możliwie najmniej uciążliwy). Przy czym ustawa powołująca Ośrodek wprowadza wyjątek od zasady ostrzeżenia – chyba że natychmiastowe zastosowanie przymusu bezpośredniego jest niezbędne dla zapobieżenia niebezpieczeństwu dla życia lub zdrowia.

Ustawodawca, w art. 35 ust. 1 zawarł katalog przesłanek zastosowania przymusu bezpośredniego. Część z nich jest analogiczna jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Występują jednak przesłanki dodatkowe, związane z funkcjonowaniem Ośrodka. Do przesłanek zastosowania przymusu należą więc²³: dopuszczenie się zamachu przeciwko życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby, lub dopuszczenie się zamachu na bezpieczeństwo powszechne, lub niszczenie lub uszkadzanie w sposób gwałtowny przedmiotów znajdujących się w otoczeniu, lub zachowanie się w sposób powodujący poważne zakłócenia w funkcjonowaniu Ośrodka, **próby samowolnego opuszczenia Ośrodka, na-**

²² Są to pracownicy ochrony fizycznej wykonujący swoje uprawnienia na podstawie ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 1997 r., Nr 114, poz. 740, z późn. zm.)

²³ Pogrubieniem oznaczono przesłanki odmienne niż w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

wolywanie innych osób do w/w zachowań, próby oddalenia się samowolnie, podczas przebywania poza terenem Ośrodka w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych.

Dodatkowo, ustawa przewiduje możliwość zastosowania przymusu w celach prewencyjnych. Przesłankami zastosowania tego rodzaju przymusu są: zapobieżenie samowolnemu oddaleniu się osoby pozostającej pod nadzorem służby ochrony poza Ośrodkiem oraz jeżeli zachowanie osoby stwarzającej zagrożenie wskazuje, że jest to niezbędne dla zapobieżenia jej agresji lub autoagresji (art. 35 ust. 2 ustawy).

Rodzaje środków przymusu bezpośredniego stosowanych przez pracowników ochrony Ośrodka są analogiczne jak w przypadku środków przymusu stosowanych przez lekarzy i pielęgniarki w szpitalach psychiatrycznych, z zastrzeżeniem, że w przypadku pracowników ochrony katalog jest znacznie szerszy. Do środków tych zalicza się²⁴:

- przytrzymanie,
- przymusowe podanie produktów leczniczych,
- założenie pasów obezwładniających lub kaftana bezpieczeństwa,
- izolacja,
- użycie:
 - kajdanek,
 - pałki służbowej,
 - ręcznego miotacza substancji obezwładniających.

Biorąc pod uwagę możliwość zastosowania przymusu prewencyjnego zaznaczyć należy, że uprawnienie to nie dotyczy założenia pasów czy kaftana bezpieczeństwa oraz użycia kajdanek, pałki służbowej czy miotacza. Ponadto, ustawodawca sugeruje w art. 38 ust. 1 ustawy, że w pierwszej kolejności należy stosować pierwsze cztery rodzaje z wymienionych środków przymusu, a więc tożsame jak w przypadku osób z zaburzeniami w szpitalach psychiatrycznych.

²⁴ Pogrubieniem oznaczono środki odmienne niż w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, z zastrzeżeniem, że: w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego użyto sformułowania: przymusowe podanie leków - nie produktów leczniczych, w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego środek ten określa się jako unieruchomienie, bez podawania środków technicznych do tego użytych.

Rozszerzenie katalogu dostępnych środków przymusu, w stosunku do katalogu środków stosowanych wobec osób z zaburzeniami psychicznymi w szpitalach psychiatrycznych, może być spowodowane faktem, że w Ośrodku umieszczane są jednostki, które popełniły czyn zabroniony i (zgodnie z art. 1 ustawy) odbywają prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym. Tak więc jednostki te w przeszłości postępowały niezgodnie z prawem, często naruszając zdrowie lub życie innych osób, a stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne sugerują, że możliwe jest ponownie ich popełnienie. W związku z tym, dostępne środki egzekwowania posłuszeństwa takich osób muszą być bardziej dolegliwe niż w przypadku osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych, które również wykazują zaburzenia psychiczne, ale nie popełniły wcześniej czynów prawem zabronionych.

Ustawodawca zastrzega jednak, że środków w ramach rozszerzonego katalogu (a więc użycia kajdanek, pałek służbowych oraz miotaczy) nie stosuje się w przypadku osób o widocznej niepełnosprawności, kobiet o widocznej ciąży oraz osób powyżej 70. roku życia (art. 38 ust. 3 ustawy).

Przytrzymanie, przymusowe podanie produktów leczniczych oraz założenie pasów obezwładniających lub kaftana bezpieczeństwa definiowane jest w sposób analogiczny jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (art. 37 ust. 1 i 2 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy o osobach stwarzających zagrożenie). Dodatkowo ustawodawca reguluje, że użycie pasów lub kaftana nie może utrudniać oddychania ani tamować obiegu krwi.

Analogicznie jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego stosuje się środek w postaci izolacji. Identyczne są także regulacje dotyczące czasu izolacji oraz zastosowania pasów lub kaftana, tj. okres nie dłuższy niż 4 godzinne, możliwość przedłużenia na kolejne dwa okresy nie dłuższe niż 6 godzinne, po uprzednim osobistym zbadaniu danej osoby przez lekarza. Po upływie 16 godzin unieruchomienia lub izolacji możliwe jest dalsze przedłużenie na kolejny okres, nie dłuższy niż 6 godzinny, z zastrzeżeniem, że lekarz musi przeprowadzić osobiście badanie danej osoby oraz uzyskać opinię innego lekarza.

Analogiczne są także obowiązki związane z kontrolowaniem stanu fizycznego osoby unieruchomionej lub izolowanej. Kontrola co 15 minut, również w czasie snu, nie rzadziej niż co 4 godziny, zawiadomienie lekarza a zagrożeniu zdrowia lub życia itd.

Przymus bezpośredni stosowany w Ośrodku jest najbardziej specyficzną formą przymusu występującego w systemie prawnym, ze względu na fakt, że jest to „przymus łączony”. Część uprawnień należy do lekarza lub pielęgniarki, a część do służby ochrony funkcjonującej w Ośrodku. Oczywiście sam zamysł jest w pełni uzasadniony, jednak w żadnym innym akcie prawnym nie funkcjonuje przymus w takim układzie. Poniższa tabela charakteryzuje uprawnienie zastosowanie przymusu przez określone podmioty.

Interesującym, ze względu na swoją specyfikę, zapisem jest art. 43, który stanowi, że jeżeli w wyniku zastosowania przymusu bezpośredniego nastąpiło zranienie lub inne uszkodzenie ciała osoby lub wystąpiły inne widoczne objawy zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego, pracownik służby ochrony udziela niezwłocznie pierwszej pomocy lub zapewnia udzielenie kwalifikowanej pierwszej pomocy lub medycznych czynności ratunkowych. Może on jednak odstąpić od udzielenia pomocy, gdy mogłoby to zagrozić jego życiu lub zdrowiu albo życiu lub zdrowiu innej osoby lub wtedy, gdy inna osoba udzieliła osobie poszkodowanej pierwszej pomocy. W przypadku nastąpienia zranienia osoby przebywającej w Ośrodku, a nawet jej śmierci, pracownik służby ochrony jest zobowiązany zabezpieczyć miejsce zdarzenia, a kierownik Ośrodka niezwłocznie zawiadomić o zdarzeniu właściwą miejscowo jednostkę organizacyjną Policji.

Również w przypadku przymusu stosowanego w Ośrodku bardzo ważnym zagadnieniem jest dokumentowanie faktu jego zastosowania. Zwłaszcza, że mamy tu do czynienia z przymusem łączonym, w ramach którego ewentualną odpowiedzialność ponosi większa grupa osób. Pracownik służby ochrony dokumentuje w notatce służbowej każde zastosowanie przymusu bezpośredniego, po czym przekazuje notatkę w celu umieszczenia w dokumentacji medycznej. Dodatkowo, o każdorazowym zastosowaniu przymusu niezwłocznie zawiadamia się kierownika Ośrodka, który w terminie 3 dni ocenia jego zasadność, odnotowując tę ocenę w dokumentacji medycznej. Zauważyć można, że w przypadku

przymusu stosowanego w Ośrodku, również występuje weryfikacja i badanie zasadności zastosowania tych dolegliwych środków. Uprawnienie to nie jest wyłącznie atrybutem władzy w rękach pracowników ochrony (czy lekarzy), a narzędziem ochrony osób umieszczonych w Ośrodku i osób trzecich, które to narzędzie podlega pełnej weryfikacji.

Tabela 2. Uprawnienie zastosowania przymusu w KOZZD

Rodzaj środka przymusu	Uprawnieni do zastosowania		
	lekarz	pracownik ochrony	uwagi
przytrzymanie	X	X	w przypadku różnicy zdań decyduje lekarz
przymusowe podanie prod. leczniczych	X		
założenie pasów lub kaftana	X		
izolacja	X		
kajdanki		X	
pałka służbowa		X	
ręczny miotacz substancji obozwl.		X	

Źródło: opracowanie własne na podstawie ustawy

Zgodnie z faktem, że osoby umieszczone w Ośrodku są traktowane jako osoby z zaburzeniami psychicznymi, analogicznie jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, doprowadzenie do Ośrodka (przez Policję) musi się odbywać w obecności lekarza, pielęgniarki lub zespołu ratownictwa medycznego (art. 20 ustawy).

Podsumowując można stwierdzić, że ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób to swoistego rodzaju dychotomia, którą ilustruje Wykres 1.

5. Przymus bezpośredni stosowany wobec osób w stanie nietrzeźwości

Przymus bezpośredni może być także stosowany wobec osób w stanie nietrzeźwości, doprowadzonych do izby wytrzeźwień lub innej placówki, jak również do jednostki Policji. Kwestie te reguluje ustawa z dnia 26 października 1982 roku o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²⁵.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 przesłankami zastosowania przymusu bezpośredniego wobec wyżej wymienionej osoby jest po pierwsze zagrożenia dla życia lub zdrowia własnego lub innej osoby, po drugie, niszczenie przedmiotów znajdujących się w jej otoczeniu.

Dostępne środki przymusu bezpośredniego są tożsame jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, tj. przytrzymanie, przymusowe podanie leków, unieruchomienie oraz izolacja. Jednak ustawodawca zastrzega, że wobec osób w stanie nietrzeźwości doprowadzonych do jednostki Policji można zastosować wszystkie dostępne środki, za wyjątkiem przymusowego podania leków. Wydaje się to być zrozumiałe w związku z faktem, że sytuacje zastosowania przymusu bezpośredniego noszą znamiona natychmiastowości i bezpośredniości, a funkcjonariusz policji nie jest przecież lekarzem i nie ma uprawnień do podawania leków.

Tak więc, decyzję o zastosowaniu środka przymusu (lub zaprzestaniu stosowania) w izbie wytrzeźwień lub innej placówce podejmuje lekarz lub felczer, który określa rodzaj zastosowanej formy przymusu oraz osobiście nadzoruje jego wykonanie. Natomiast jeśli osoba nietrzeźwa jest umieszczona w jednostce Policji, o zastosowaniu przymusu (lub zaprzestaniu stosowania) decyduje komendant jednostki Policji lub osoba przez niego upoważniona, a podczas ich nieobecności – dyżurny jednostki Policji. Jeżeli nie jest możliwe uzyskanie natychmiastowej decyzji wyżej wymienionych osób, o zastosowaniu przymusu decyduje funkcjonariusz Policji, który następnie sam go stosuje. Nie zmienia to faktu, że musi ob. Powiadomić osoby, które w pierwszej kolejności były uprawnione do decydowania o zastosowaniu przymusu.

²⁵ Dz. U. z 1982 r., Nr 35, poz. 230, z późn. zm.

Tak jak w przypadku wcześniej cytowanych aktów prawnych, tak i w przypadku przymusu stosowanego wobec osób w stanie nietrzeźwości przebywających w izbie wytrzeźwień lub innej placówce lub w jednostce Policji, obowiązuje zasada ostrzeżenia o zastosowaniu, zasada minimalizacji skutków oraz obowiązek zachowania szczególnej ostrożności i dbałości o dobro osoby (art. 42 ust. 6 ustawy).

Ustawodawca w art. 42 ust. 8 wymienia poszczególne rodzaje środków przymusu i definiuje je. Dokonuje tego w sposób analogiczny, jak w przypadku wcześniej cytowanych ustaw. Podobną analogię dostrzec można w przepisach dotyczących czasu trwania unieruchomienia – nie dłużej niż 4 godziny z możliwością przedłużenia na następne okresy, nie dłuższe niż 6-godzinne. Należy przy tym pamiętać, że zgodnie z art. 42 ust. 11 ustawy, przymus bezpośredni może trwać tylko do czasu ustania przyczyn jego zastosowania. Jeśli więc osoba nietrzeźwa po 20 minutach unieruchomienia wykazała podporządkowanie poleceniom, nie zagrażała już zdrowiu lub życiu własnemu lub innych osób czy nie uszkadzała przedmiotów w swoim otoczeniu to należy zaprzestać stosowania unieruchomienia, mimo, że pierwszy okres może trwać do 4 godzin.

Tak jak w przypadku kontroli pielęgniarki w szpitalu psychiatrycznym, tak i w przypadku osoby nietrzeźwej: pracownik wyznaczony przez dyrektora izby wytrzeźwień, pracownik wyznaczony przez kierownika placówki lub funkcjonariusz Policji wyznaczony przez komendanta jednostki Policji lub osobę przez niego upoważnioną, a podczas ich nieobecności – dyżurnego jednostki Policji, są zobowiązani do kontroli stanu zdrowia osoby, wobec której zastosowano unieruchomienie lub izolację, nie rzadziej niż co 15 minut, również w czasie snu tej osoby oraz niezwłocznie po zaprzestaniu zastosowania przymusu bezpośredniego.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że pomimo iż omawiany rodzaj przymusu bezpośredniego stosuje m.in. funkcjonariusz Policji, zastosowania nie mają przepisy ustawy z dnia 24 maja 2013 roku o środkach przymusu bezpośredniego. Spowodowane jest to faktem, że przymus stosowany na podstawie ustawy o wychowaniu w trzeźwości ma charakter leczniczy z elementami zapewnienia bezpieczeństwa. Natomiast przymus stosowany na podstawie ustawy o środkach przymusu – wyłącznie charakter zapewnienia bezpieczeństwa. Ponadto przesłanki zastosowania znacząco się różnią. Policjant ma prawo zastosować przymus

bezpośredni przewidziany przepisami ustawy o środkach przymusu bezpośredniego jedynie po uprzednim bezskutecznym zastosowaniu przymusu bezpośredniego przewidzianego w ustawie o wychowaniu w trzeźwości lub gdy jego stosowanie było niecelowe – art. 42 st. 7 ustawy.

6. Przymus bezpośredni stosowany w związku z zagrożeniem chorobą zakaźną

Przymus bezpośredni w celach leczniczych można stosować także w przypadku zapobiegania oraz zwalczania chorób zakaźnych. Podstawową regulacją w tym zakresie jest ustawa z dnia 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi²⁶. Ustawodawca przewidział możliwość zastosowania takich środków ze względu na zagrożenie zarażenia lub epidemii choroby zakaźnej lub szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej.

Zgodnie z art. 36 cytowanej ustawy, przymus bezpośredni może zostać zastosowany w określonych przypadkach, tzn. kiedy dana osoba nie poddaje się obowiązkowi szczepienia, badaniom sanitarno-epidemiologicznym, zabiegom sanitarnym, kwarantannie lub izolacji, a u której to osoby podejrzewa się lub rozpoznano chorobę szczególnie niebezpieczną i wysoce zakaźną²⁷, stanowiącą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób. W ramach tych uprawnień możliwe jest zastosowanie przymusu bezpośredniego w postaci: przytrzymania, unieruchomienia lub przymusowego podania leków.

O zastosowaniu środka przymusu bezpośredniego decyduje lekarz lub felczer (zawód pomocniczy, uprawniający do pomocy medycznej chorym). Osoba decydująca o zastosowaniu określa rodzaj środka oraz osobiście nadzoruje jego wykonanie przez osoby wykonujące zawody medyczne.

²⁶ Dz.U. z 2008 r., Nr 234, poz. 1570.

²⁷ Definicja choroby szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej zawarta jest w art. 2 pkt. 4 cytowanej ustawy - choroba zakaźna łatwo rozprzestrzeniająca się, o wysokiej śmiertelności, powodująca szczególne zagrożenie dla zdrowia publicznego i wymagająca specjalnych metod zwalczania, w tym cholera, dżuma, ospa prawdziwa, wirusowe gorączki krwotoczne

Jak w przypadku wcześniej omówionych rodzajów przymusu leczniczego, tak i w tym przypadku obowiązuje zasada ostrzeżenia (uprzedzenie o zastosowaniu środka przymusu) oraz zasada minimalizacji skutków (wybór możliwie najmniej uciążliwego, dla osoby, wobec której się przymus stosuje, środka). Należy także, podczas stosowania, zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby.

Ustawodawca definiuje poszczególne środki przymusu bezpośredniego w sposób analogiczny do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego przytrzymanie oraz do ustawy o postępowaniu wobec osób stwarzających zagrożenie, tj.: przytrzymanie polega na doraźnym, krótkotrwałym unieruchomieniu osoby z użyciem siły fizycznej, unieruchomienie jest dłużej trwającym obezwładnieniem osoby z użyciem pasów, uchwytów, prześcieradeł lub kaftana bezpieczeństwa, przymusowe podanie leków jest doraźnym lub przewidzianym w planie postępowania leczniczego wprowadzeniem leków do organizmu osoby – bez jej zgody.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego jak i ustawa o osobach stwarzających zagrożenie regulowały kwestię zastosowania środka przymusu w postaci unieruchomienia (lub izolacji) w bardzo szczegółowy sposób. Jasno określono obowiązki kontrolne pielęgniarki, czas trwania tego środka oraz jego ewentualne przedłużanie. W przypadku ustawy o chorobach zakaźnych przepisy te wydają się być bardzo lakoniczne. Ustawodawca reguluje wyłącznie czas stosowania danego środka, określając, że unieruchomienie może być stosowane nie dłużej niż 4 godziny. W razie potrzeby można dokonać przedłużenia na następne okresy 6 godzinne, przy czym nie dłużej niż 24 godziny łącznie. Jest to sytuacja analogiczna jak w przypadku ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i ustawy o osobach stwarzających zagrożenie. Jednak ustawodawca nie zawarł np. obowiązków pielęgniarki kontrolowania co 15 minut stanu osoby unieruchomionej, obowiązku zasięgnięcia opinii innego lekarza przy kilkukrotnym przedłużaniu okresu unieruchomienia czy też obowiązku osobistego badania danej osoby przez lekarza przed decyzją o przedłużeniu stosowania. Jedynym obostrzeniem jest fakt, że przymus w postaci unieruchomienia, stosowany w ramach ustawy o chorobach zakaźnych nie może być łącznie stosowany dłużej niż 24 godziny. W przypadku szpitali psychiatrycznych było to możliwe, ale po wcześniejszym poinformowaniu o przedłużeniu ordynatora.

Lekarz lub felczer może wystąpić z wnioskiem o pomoc w realizacji swoich uprawnień w zakresie przymusu bezpośredniego. Wniosek ten może być kierowany do: Policji, Straży Granicznej lub Żandarmerii Wojskowej, a udostępnienie pomocy następuje pod warunkiem, że funkcjonariusz lub żołnierz zostanie wyposażony przez lekarza lub felczera w środki chroniące przed chorobami zakaźnymi (art. 36 ust. 3 cytowanej ustawy).

Każdorazowe zastosowanie przymusu bezpośredniego musi być odnotowane w dokumentacji medycznej. Obowiązek ten jest analogiczny jak w przypadku szpitali psychiatrycznych czy Ośrodka.

7. Podsumowanie

Opisany w ramach niniejszej części pracy przymus bezpośredni nosi znamiona przymusu leczniczego ze względu na osoby wobec których jest stosowany, a więc: osoby z zaburzeniami psychicznymi, przebywające w szpitalach psychiatrycznych lub jednostkach organizacyjnych pomocy społecznej, osoby podlegające obowiązkowemu szczepieniu przeciw chorobom zakaźnym, osoby z zaburzeniami psychicznymi stwarzające zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, przebywające w KOZZD, osoby w stanie nietrzeźwości doprowadzone do izby wytrzeźwień, innej placówki lub jednostki Policji. Ponadto wyodrębnienia dokonano ze względu na miejsca, w których jest stosowany, tj. placówki służby zdrowia, jednostki organizacyjne pomocy społecznej, izby wytrzeźwień lub jednostki Policji. Cel zastosowania przymusu bezpośredniego jest określony jako leczniczy ze względu na związek z czynnościami medycznymi i opieką medyczną.

Poniższa tabela stanowi podsumowanie przedstawionych w artykule przypadków zastosowania przymusu w celach leczniczych.

Tabela 3. Zastosowanie przymusu leczniczego. Ujęcie porównawcze

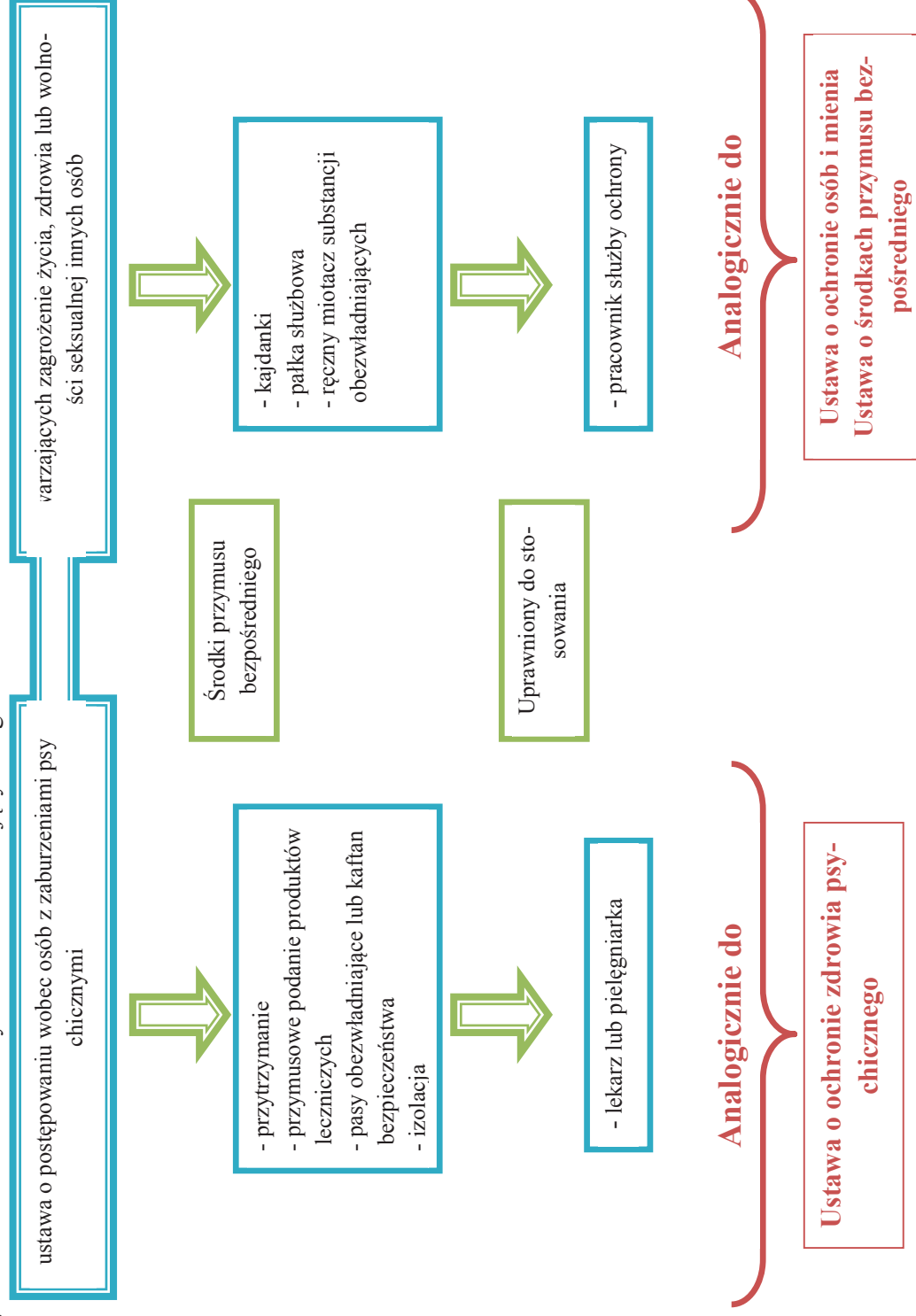
Główne cechy porównawcze / miejsce stosowania przymusu		Podmiot leczniczy ^[1]	Placówka zdrowia ^[2]	KOZZD	Placówka dla osoby nietrzeźwej	
		Przymus leczniczy			Jednostka Policji	Lzba wytrzeźwień
Osoba stosująca przymus	lekarz	X	X (decyduje i wykonuje)	X		X
	felczer		X (decyduje i wykonuje)			X
	pielęgniarka	X		X		
	kierujący akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych	X				
	osoba wykonująca zawody medyczne		X (wykonuje)			
	pracownik ochrony fizycznej			X		
	wychowawca					
	Komendant Policji ^[6]				X	
Środki przymusu bezpośredniego	przytrzymanie w postaci siły fizycznej	X	X	X	X	X
	przymusowe podanie leków	X	X	X		X
	unieruchomienie	X	X	X	X	X
	izolacja	X		X	X	X

Przestanki zastosowania przymusu	kajdanki					X			
	pałka służbowa					X			
	ręczny miotacz substancji obozwl.					X			
	dopuszczenie się zamachu przeciwko życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby	X				X			
	dopuszczenie się zamachu przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu	X				X			
	stworzenie zagrożenia dla życia lub zdrowia własnego lub innej osoby						X		X
	niszczenie lub uszkodzanie w sposób gwałtowny przedmioty znajdujące się w jej otoczeniu	X				X			X
	poważne zakłócanie lub uniemożliwianie funkcjonowania określonego rodzaju placówki	X				X			
	próby samowolnego opuszczenia placówki					X			
	nawoływanie innych osób do w/w działań					X			
	próby samowolnego oddalenia, podczas przebywania poza placówką (np. w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych)					X			
	kiedy dana osoba nie poddaje się obowiązkowi szczepienia ^{7]}				X				

[1] w tym: szpitale psychiatryczne, jednostki organizacyjne pomocy społecznej (podstawa prawna: ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego)

[2] wyłącznie w kontekście chorób zakaźnych (podstawa prawna: ustawa z dnia 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi)

Wykres 1. Dychotomia w ramach ustawy o osobach stwarzających zagrożenie



State is equipped with a lot of different law means and instruments. One of them, which is the most intensive, is the force coercion, which is connected to physical force. Only state can use this kind of coercion legal, because it interferes in rights and duties sphere of human and citizen. That's why coercion has such a extensive meaning. We can distinguish it by it's aims (aims of using coercion). One of the aims is, which is described in this article, medical and curing aim. Using coercion is connected with human health, mainly physical health. Conditions and circumstances of using coercion, kinds of means and kinds of people, towards who state can use coercion are regulated by law. If representatives of the state will not fulfil this conditions and rules, we can say that the break the law. The coercion is not the aim in it's essence. It is a mean, an instrument to reach other, more important aims. In this article – medical and cure aims. The aim of using coercion is not to make a harm to somebody but to protect others people from somebody's wrong behavior or protect this person from himself.

Mateusz Kosiór*

Sposoby i skutki odwołania darowizny w prawie cywilnym ze szczególnym uwzględnieniem nieruchomości

Problemem w doktrynie jest dokładne określenie skutku odwołania darowizny nieruchomości, mianowicie: czy oświadczenie darczyńcy o odwołaniu darowizny nieruchomości realizuje cel bezpośredni, zatem czy ma skutek rzeczowy, powodujący przejście na darczyńcę własności nieruchomości automatycznie przez sam fakt złożenia oświadczenia o odwołaniu, czy też oświadczenie o odwołaniu wywiera skutek obligacyjny w tym sensie, że stwarza dla obdarowanego obowiązek przeniesienia własności z powrotem na darczyńcę. Darowizna raz uczyniona może być w przypadkach przewidzianych w ustawie odwołana, przy czym przepisy Kodeksu odróżniają w tej materii dwie sytuacje, a przeprowadzenie między nimi ścisłego rozgraniczenia może wywoływać trudności. Z pierwszą z możliwych sytuacji mamy do czynienia w przypadku, gdy umowa darowizny nie została jeszcze wykonana. Druga sytuacja, którą normuje prawo cywilne, dotyczy odwołania darowizny nawet wykonanej, jednak tylko w przypadku, gdy obdarowany pogwałcił istniejący stosunek między nim a darczyńcą w taki sposób, że w ocenie darczyńcy działanie podjęte przez obdarowanego nosi cechę rażącej niewdzięczności.

* Aplikant adwokacki ORA w Krakowie.

1. Uwagi wstępne

We współczesnych stosunkach cywilnoprawnych często występującą instytucją prawa cywilnego jest umowa darowizny. Ustawodawca uregulował ją w Kodeksie cywilnym w celu umożliwienia podmiotom prawa podejmowania działań, które przysparzają korzyści innym podmiotom bez żądania świadczenia wzajemnego, gdyż zgodnie z przyjętą interpretacją, darowizna nie może cechować się wzajemnością – w przeciwnym razie cel, dla którego została powołana, straciłby na znaczeniu. Spełnienie świadczenia majątkowego w szerokim tego słowa znaczeniu nie może nastąpić z zamiarem uzyskania od obdarowanego innego świadczenia na rzecz darczyńcy, którego wartość jest taka sama lub zbliżona do świadczenia pierwotnego. Dopuszczalne jest natomiast zobowiązanie obdarowanego do spełnienia świadczenia na rzecz innej osoby (tzw. osoba trzecia), czyniąc ją wierzycielem względem tego obdarowanego, albo świadczenia, którego wartość majątkowa dla obu stron nie jest znacząca w takim stopniu, iż nie stanowi ona istotnego postanowienia umowy.

Znacznym problemem w doktrynie jest dokładne określenie skutku odwołania darowizny nieruchomości, a mianowicie, czy oświadczenie darczyńcy o odwołaniu darowizny nieruchomości realizuje wspomniany cel bezpośrednio, a więc czy ma skutek rzeczowy, powodujący przejście na darczyńcę własności tej nieruchomości automatycznie przez sam fakt złożenia oświadczenia o odwołaniu, czy też to oświadczenie o odwołaniu wywiera jedynie skutek obligacyjny w tym sensie, że stwarza dla obdarowanego obowiązek przeniesienia własności z powrotem na darczyńcę.

2. Odwołanie darowizny

Darowizna raz uczyniona może być w przypadkach przewidzianych w ustawie odwołana, przy czym przepisy Kodeksu odróżniają w tej materii dwie zasadnicze sytuacje, a przeprowadzenie między nimi ścisłego rozgraniczenia może wywoływać trudności¹.

¹ W. Czachórski, A. Brzozowska, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania – zarys wykładu*, Warszawa 2004, s. 560.

Z pierwszą z możliwych sytuacji mamy do czynienia w przypadku, gdy umowa darowizny nie została jeszcze wykonana, to znaczy, gdy darczyńca nie wypełnił postanowień przewidzianych przez tę umowę. Inną definicję niewykonania umowy zaproponował W. Czachórski stwierdzając, że „za darowiznę jeszcze nie wykonaną należy m.in. uznać sytuację, w której darowane prawo majątkowe wprawdzie przeszło na obdarowanego (w wyniku umowy o podwójnym skutku obligacyjno-rzeczowym), ale przedmiot darowizny nie został jeszcze wydany darczyńcy”². W takim wypadku darczyńca może odwołać skutecznie darowiznę, jeżeli po zawarciu umowy jego stan majątkowy uległ takiej zmianie, że wykonanie darowizny nie może nastąpić bez uszczerbku dla jego własnego utrzymania odpowiednio do jego usprawiedliwionych potrzeb, albo bez uszczerbku dla ciążących na nim ustawowych obowiązków alimentacyjnych³. W doktrynie przyjmuje się, że w sytuacji, w której darczyńca pogorszył swoją sytuację majątkową w wyniku działań objętych jego winą umyślną bądź powstałych w skutek rażącego niedbalstwa, uprawnienie do odwołania darowizny nie przysługuje⁴.

Odwołanie darowizny nie jest dopuszczalne, gdy darczyńca popadnie co prawda w stan niedostatku, lecz dopiero po wykonaniu tej darowizny. Wszelako na obdarowanym ciąży wówczas obowiązek, w granicach istniejącego jeszcze wzbogacenia, dostarczenia darczyńcy środków, których mu brak do utrzymania odpowiadającego jego usprawiedliwionym potrzebom albo do wypełnienia ciążących na nim ustawowych obowiązków alimentacyjnych⁵. Obdarowany może, zwracając darczyńcy wartość wzbogacenia, zwolnić się od tego zobowiązania⁶. Obowiązek obdarowanego, o którym tu mowa, jest przejawem istnienia więzi pozajurydycznej między stronami, obowiązującej obdarowanego do wdzięczności za otrzymaną szczodropliwość⁷.

² *Ibidem*, s. 560 i 561.

³ H. Witczak, H. Kawałko, *Zobowiązania*, Warszawa 2007, s. 381.

⁴ *Ibidem*.

⁵ W. Czachórski et al., *op.cit.*, s. 561.

⁶ Art. 897, Ustawa z dn. 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93.

⁷ W. Czachórski et al., s. 561.

Druga sytuacja, którą normuje prawo cywilne, dotyczy odwołania darowizny nawet już wykonanej, jednak tylko w przypadku, gdy obdarowany pogwałcił istniejący stosunek między nim a darczyńcą w taki sposób, że w ocenie darczyńcy działanie podjęte przez obdarowanego nosi cechę rażącej niewdzięczności. Trafny wydaje się przy tym pogląd, że wystąpienie rażącej niewdzięczności przemawia zarówno za odwołaniem darowizny jeszcze niewykonanej, jak i już wykonanej⁸.

Ustawodawca nie sprecyzował pojęcia „rażącej niewdzięczności”, gdyż jest to niemożliwe z uwagi na zróżnicowane sytuacje życiowe, zatem posłużył się formułą ogólną, pozostawiając sądowi ocenę na podstawie konkretnych okoliczności sprawy. Według ugruntowanego w orzecznictwie stanowiska, za niewdzięczność przyjmuje się świadome naruszenie podstawowych obowiązków ciążących na obdarowanym względem darczyńcy, jednocześnie krzywdzące tego darczyńcę⁹. Naruszenie to może przyjąć postać nie tylko działania, lecz również zaniechania polegającego m.in. na niepowstrzymaniu osób trzecich od działań skierowanych przeciwko darczyńcy. Nie można uznać jednak za słuszne stanowiska, zgodnie z którym rażąca niewdzięczność powstaje z chwilą zaistnienia jakiegokolwiek zachowania obdarowanego o znamionach powszechnej dezaprobaty społecznej¹⁰. Do kanonu typowych zachowań obdarowanego powodujących skutek odwołania darowizny zalicza się: popełnienie przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub czci albo mieniu darczyńcy oraz naruszenie przez obdarowanego spoczywających na nim obowiązków wynikających ze stosunków osobistych (rodzinnych) łączących go z darczyńcą¹¹. Przy ocenie obowiązków obdarowanego wobec darczyńcy, wynikających ze stosunków osobistych, jak i etycznego obowiązku wdzięczności, sąd może posiłkować się treścią 897 k.c. – przepis ten, jako mający na celu zabezpieczenie interesów darczyńcy w wypadku

⁸ *Ibidem*; zob. jednak odmienne stanowisko: M. Kępiński, glosa do orzeczenia SN z 7 stycznia 1967 r., III CZP 32/66, NP 9/1970, s. 480.

⁹ Zob. wyrok SN z 22 marca 2001 r., V CKN 1599/00, Prok. i Pr. 5/2002, s. 40.

¹⁰ Zob. B. Burian, *Odwołanie darowizny jako sankcja rażącej niewdzięczności*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” nr 1690, Prawo CCXXXVIII, Wrocław 1994, s. 11 i n.; M.J. Golecki, *Wybrane aspekty odwołania darowizny z powodu rażącej niewdzięczności obdarowanego*, *Księga Pamiątkowa ku czci Profesora W. Bojarskiego*, Toruń 2001.

¹¹ H. Witczak, H. Kawałko, *op.cit.*, s. 382.

popadnięcia w niedostatek, stanowi, że obowiązek obdarowanego kształtowany jest nie tylko przez potrzebę darczyńcy, ale i przez granice wzbogacenia¹².

Na gruncie orzeczeń Sądu Najwyższego darowizna może zostać odwołana wówczas, gdy wysoce naganne zachowanie obdarowanego skierowane jest wprawdzie bezpośrednio przeciwko osobie bliskiej darczyńcy, ale dotyczy jednocześnie odczuć samego darczyńcy i to w taki sposób, że usprawiedliwia ocenę postawy obdarowanego jako rażąco niewdzięcznej¹³. Incydentalne sprzeczki, tym bardziej sprowokowane, nie mogą być podstawą do odwołania umowy darowizny¹⁴. Podstawą taką nie mogą być również przykrości i krzywdy czynione impulsywnie, lecz mieszczące się w granicach zwykłych konfliktów życia codziennego¹⁵; w tym przypadku chodzi jedynie o rozmyślne działania mające charakter zamierzonych aktów wobec darczyńcy¹⁶.

Orzeczeniem z 11 marca 2003 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że przy ocenie, czy obdarowany dopuścił się rażącej niewdzięczności względem darczyńców, którymi są jego teściowie, znaczenie ma nie tylko sam fakt niedochowania wierności małżeńskiej, lecz również postawa obdarowanego po tym zdarzeniu. Jeżeli zatem małżonek podjął próby pogodzenia się z żoną i nadal chce się z nią pogodzić, to wykazał, że nie chce dopuścić do rozpadu rodziny, a zatem takie zachowanie nie można uznać za rażąco niewdzięczne wobec teściów, gdyż utrzymanie więzów rodzinnych leży w interesie nie tylko obdarowanego, lecz również darczyńców¹⁷.

Mając powyższe na względzie, uznać należy, iż odwołanie darowizny nie ma charakteru bezwzględnego, gdyż darczyńca może przebaczyć obdarowanemu i tym samym wyłączyć instytucję odwołania darowizny. Przebaczenie to może nastąpić w sposób wyraźny lub dorozumiany, jako przejaw woli darczyńcy niestanowiący oświadczenia woli w myśl art. 60

¹² *Ibidem*, s. 382; Wyrok SN z 7 maja 2003r., IV CKN 115/01, niepubl.

¹³ Wyrok SN z 7 kwietnia 1998 r., II CKN 688/97, niepubl.

¹⁴ Wyrok SA w Warszawie z 22 listopada 2005r., VI CA 527/05, Rejent 11/2005, s. 156.

¹⁵ Wyrok SN z 5 lipca 2001r., II CKN 818/00, niepubl.

¹⁶ Zob. wyrok SN z 10 listopada 2000 r., IV CKN 159/00, niepubl.

¹⁷ Zob. wyrok SN z 11 marca 2003 r., V CKN 1829/00 niepubl.

k.c.¹⁸ Wynikają z tego dalsze konsekwencje, tzn. istota aktu woli darczyńcy wyczerpuje się w płaszczyźnie etycznej, a skutki prawne stąd wynikające powstają *ipso iure* niezależnie od tego, czy darczyńca miał świadomość prawnych następstw swego aktu, czy nie, natomiast brak zdolności do czynności prawnych nie odbiera jeszcze przebaczeniu *per se* skuteczności, o ile po stronie darczyńcy występowała rzeczywista i świadoma wola przebaczenia¹⁹.

Sąd Najwyższy stwierdził, że darczyńca oraz jego spadkobiercy na gruncie art. 899 § 2 k.c. mogą odwołać darowiznę z powodu rażącej niewdzięczności obdarowanego także po śmierci darczyńcy, jeżeli nie upłynął jeszcze termin do odwołania przewidziany w art. 899 § 3 k.c.²⁰ Wydaje się jednak, że z brzmienia art. 898 § 1 i art. 900 nie można wyprowadzać wniosku o możliwości złożenia oświadczenia o odwołaniu darowizny spadkobiercy zmarłego obdarowanego z powodu dopuszczenia się przez obdarowanego rażącej niewdzięczności²¹. Natomiast zupełnie innym zagadnieniem jest możliwość domagania się przez darczyńcę (spadkobiercę darczyńcy) zwrotu przedmiotu darowizny skutecznie odwołanej za życia obdarowanego, który wszedł w skład spadku po nim²². Ostatecznie SN odstąpił w sposób jednoznaczny o ww. poglądu, stwierdzając:

„1. Darczyńca lub jego spadkobierca nie może odwołać darowizny po śmierci obdarowanego, nawet jeżeli termin określony w art. 899 § 3 k.c. jeszcze nie upłynął. 2. Przyczyną odwołania może być rażąca niewdzięczność obdarowanego, a nie jego spadkobierców”. Stwierdził wyraźnie, iż „nie podziela stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu tego wyroku”, oraz że „należy wykluczyć możliwość odwołania darowizny po śmierci obdarowanego”²³.

¹⁸ Art. 60 k.c. stanowi: „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)”; W. Czachórski et al. *op.cit.*, s. 561.

¹⁹ *Ibidem*, s. 562.

²⁰ Wyrok SN z 6 grudnia 1972 r., II CR 52/72, OSP 3/1973, poz. 57.

²¹ Dmowski, S. Rudnicki *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, Warszawa 2011, art. 899 k.c.

²² *Ibidem*, art. 899 k.c.

²³ Zob. wyrok SN z 7 listopada 2002 r., II CKN 1395/2000, OSNC 3/2004, poz. 43.

Odwołanie darowizny nie może nastąpić ponadto po upływie roku od dnia, w którym uprawniony do odwołania darowizny dowiedział się o niewdzięczności obdarowanego²⁴ oraz gdy czyni ona zadość obowiąz-
kowi wynikającemu z zasad współżycia społecznego²⁵.

Uprawnienie do odwołania darowizny przysługuje również spadko-
biercom darczyńcy, lecz tylko wtedy, gdy darczyńca w chwili śmierci
był uprawniony do odwołania tej darowizny, albo gdy obdarowany
umyślnie pozbawił darczyńcę życia lub umyślnie wywołał rozstrój zdro-
wia, którego skutkiem była śmierć darczyńcy²⁶. Uprawnienie to przysłu-
guje również doradcy tymczasowemu ustanowionemu dla darczyńcy,
względem którego toczy się postępowanie o ubezwłasnowolnienie²⁷.

Odwołanie darowizny następuje przez oświadczenie złożone obdaro-
wanemu na piśmie²⁸. Jest to forma przewidziana dla celów dowodowych
ad probationem. Konstruowanie powództwa o odwołanie darowizny nie
znajduje uzasadnienia w art. 900 k.c., gdyż skuteczność odwołania daro-
wizny pod kątem przesłanek określonych w art. 898 i 899 k.c. może być
poddana kontroli w sprawie o zwrot przedmiotu darowizny albo po wy-
kazaniu interesu prawnego – w sprawie o ustalenie, że darowizna została
skutecznie odwołana²⁹. Wadliwym określeniem powództwa byłoby żą-
danie odwołania darowizny w pozwie, a takie powództwo podlegałoby
oddaleniu bez merytorycznego badania skuteczności odwołania tej daro-
wizny³⁰.

²⁴ Art. 899 § 1 Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93. Ustawa z dn. 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny*.

²⁵ Art. 902 Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny*.

²⁶ Art. 899 § 2 Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny*.

²⁷ H. Witczak, H. Kawałko, *op.cit.*, s. 383.

²⁸ Art. 900 Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93. Ustawa z dn. 23 kwietnia 1964 r. – *Kodeks cywilny*.

²⁹ Wyrok SN z 9 maja 2002r., II CKN 647/00, niepubl.; zob. także postanowienie SN z 8 maja 1997r., II CKN 146/97, OSNC 1997, poz. 175; zob. także H. Witczak, H. Kawałko, *op.cit.*, s. 384.

³⁰ Zob. wyrok SA w Katowicach z 5 grudnia 2003r., I ACa 678/03, Wokanda 1/2005, s. 36.

3. Skutki odwołania darowizny

Poważnym problemem w doktrynie jest dokładne określenie skutku odwołania wykonanej darowizny nieruchomości, a mianowicie pojawia się pytanie, czy odwołanie darowizny wywołuje skutek tylko obligacyjny, czy także rzeczowy. Z chwilą pojawienia się instytucji odwołania darowizny, orzecznictwo SN przyjęło koncepcję, wedle, której „jeżeli po przeniesieniu własności nieruchomości z darczyńcy na obdarowanego – mając do tego podstawy – darczyńca odwołał darowiznę, stał się on z powrotem właścicielem nieruchomości z chwilą, w której oświadczenie odwołania darowizny doszło do wiadomości obdarowanego w taki sposób, że mógł on o tym oświadczeniu powziąć wiadomość³¹”. W uzasadnieniu SN zwrócił uwagę, iż w świetle obowiązujących wówczas przepisów Kodeksu zobowiązań, umowa zobowiązująca do przeniesienia własności, a niezawierająca zastrzeżenia warunku lub terminu, przenosi własność nieruchomości, *ergo* wywołuje skutek obligacyjno-rzeczowy³². Jeżeli zaś umowa taka została zawarta z zastrzeżeniem warunku lub terminu, przeniesienie własności nieruchomości następuje w skutek zawarcia umowy rozporządzającej³³ (zgody, o której stanowi art. 45 § 2 prawa rzeczowego). Jeżeli zatem przyjmuje się, że odwołanie umowy darowizny jest jednostronną czynnością prawną, która powoduje uchylenie skutków umowy darowizny, a umowa taka wywołuje skutek obligacyjno-rzeczowy, to z chwilą jej odwołania przestaje istnieć nie tylko skutek zobowiązujący, lecz również rzeczowy. Inaczej rzecz ujmując, zniesienie skutku zobowiązaniowego umowy darowizny, będącego *causa solvendi* rozporządzenia, powoduje upadek elementu rzeczowego – zniweczeniu ulegają przeto skutki przeniesienia własności nieruchomości na obdarowanego³⁴, który w konsekwencji przestaje być właścicielem, a staje się nim darczyńca. Gdy zatem w księdze wieczystej wpisany jest obdarowany jako właściciel nieruchomości, to w skutek czynności darczyńcy odwołującej wcześniej dokonaną darowiznę treść tej

³¹ Uchwała Sądu Najwyższego z 17 października 1963 r., III CZP 51/63, OSPiK 2/1965, z. 2, poz. 32.

³² M. Warciński, *Odwolanie darowizny wykonanej*, Warszawa 2012, s. 36.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, s. 37.

księgi staje się niezgodna z rzeczywistym stanem prawnym. W takim przypadku, jej ustalenia może żądać darczyńca, zgodnie z przepisami postępowania cywilnego.

Powyższa interpretacja spotkała się z dużą aprobatą ze strony przedstawicieli nauki. Uzasadnieniem dla przyjętej koncepcji było odwołanie się do obowiązującej w polskim prawie zasady kausalności czynności prawnych. Zgodnie z tą zasadą, wszystkie czynności prawne przysparzające są czynnościami prawnymi kausalnymi, z wyjątkiem tych, których abstrakcyjny charakter wynika z ustawy³⁵. Na tej podstawie można wywnioskować, że umowa darowizny jest czynnością kausalną opartą na *causa donandi*. Zatem złożenie oświadczenia woli w przedmiocie odwołania darowizny nieruchomości skutkuje upadkiem *causae donandi*, a rozporządzenie staje się nieważne, co prowadzi do przywrócenia *status quo ante*, o ile tylko jest to prawnie i faktycznie dopuszczalne³⁶. Można zatem stwierdzić, że zarówno w przypadku zawarcia jednej umowy o podwójnym skutku, jak i w przypadku zawarcia dwóch kolejnych umów, obligacyjnej i, w jej wykonaniu, rzeczowej, odwołanie darowizny powoduje odpadnięcie podstawy prawnej rozporządzenia i w rezultacie cofnięcie wszelkich skutków zawartej umowy lub umów, w tym skutku rzeczowego³⁷.

Na gruncie prawa cywilnego darowizna została skonstruowana jako umowa, a nie jednostronne oświadczenie woli darczyńcy³⁸, nawet wówczas, gdy darczyńca zobowiązuje się do bezpłatnego świadczenia, nie żądając od obdarowanego obowiązku świadczenia zwrotnego. Według zwolenników koncepcji umowy darowizny, jako umowy o podwójnym skutku, ustawodawca przesądził o takiej interpretacji przepisów, by umożliwiła ona szczególną ochronę darczyńcy, na wypadek niełojalnego zachowania się obdarowanego³⁹. Gdyby założyć przyjęcie koncepcji zobowiązaniowej, to po odwołaniu darowizny obdarowany mógłby dalej

³⁵ J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2000, s. 99.

³⁶ M. Warciński, *op.cit.*, s. 38.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *op.cit.*, s. 80.

³⁹ W. Czachórski, *Podstawowe elementy darowizny i jej odwołania*, 1968, s. 22.
W. Czachórski, *Podstawowe elementy darowizny i jej odwołania*, NP 1968, nr 1, s. 2.

rozporządzać przedmiotem darowizny i w konsekwencji pozbawić darczyńcę prawa do swojego świadczenia w postaci własności nieruchomości. Jedyną ochroną, jaką można by odnaleźć w przepisach, byłaby regulacja art. 59 k.c., która nie zabezpiecza interesów darczyńcy w taki sposób, by można uznać ją za skuteczną. Doktryna w kontrze do wcześniejszego wyводу uznała, że w takim wypadku jedynym słusznym kierunkiem jest przyjęcie ochrony z art. 222 § 1 k.c. Jeżeli przyjąć istnienie skutku rzeczowego przy odwołaniu umowy darowizny, to z chwilą jej odwołania własność nieruchomości przechodzi na darczyńcę, który może domagać się wydania go na mocy roszczenia windykacyjnego. Konstrukcja taka, choć nieidealna, stwarza jednak pewną ochronę dla darczyńcy, który po cofnięciu skutków swojej darowizny staje się jej właścicielem na nowo, nie martwiąc się o posunięcia prawne dłużnika w tym zakresie. Roszczenie windykacyjne darczyńcy może być skierowane przeciwko obdarowanemu albo przeciwko nabywcy, nie odnosi ono skutku tylko w przypadku ochrony nabywcy przez rękojmię wiary publicznej ksiąg wieczystych, bądź w sytuacji, gdy nabycie własności nieruchomości nastąpiło przez zasiedzenie⁴⁰.

Zgodnie z art. 898 § 2 k.c., zwrot przedmiotu odwołanej darowizny powinien nastąpić stosownie do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Uznać należy, iż przepis ten ma zastosowanie tylko wtedy, gdy roszczenie z 222 § 1 okaże się bezskuteczne. Obdarowany traktowany jest jak bezpodstawnie wzbogacony, który powinien liczyć się z obowiązkiem zwrotu świadczenia, od chwili dojścia do niego oświadczenia o odwołaniu darowizny przez darczyńcę.

Nie sposób odnieść się również do poglądu J. Goleckiego⁴¹, zgodnie z którym znaczenie dla rozstrzygnięcia skutków, jakie następują z chwilą odwołania darowizny, ma wykładnia przepisów art. 155, 156 oraz 898 § 2 k.c. Z uwagi na art. 56 k.c., czynność prawna wywołuje skutki nie tylko wynikające z samej czynności, lecz również te, które wynikają z przepisów ustawy. Zatem, zgodnie z art. 155 § 1 k.c., jeżeli strony nie postanowiły inaczej, to czynność prawna wywołuje skutek rzeczowy. Umowa

⁴⁰ M. Warciński, *op.cit.*, s. 39.

⁴¹ M.J. Golecki, *Wybrane aspekty odwołania darowizny z powodu rażącej niewdzięczności obdarowanego*, w: E. Gajda, A. Sokala (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Prof. W. Bojarskiego*, Toruń 2001, s. 463-478.

darowizny jest zaś tylko umową zobowiązującą, która wywołuje jednocześnie skutek rozporządzający, co wynika wprost z przepisów Kodeksu. Zatem umowa darowizny wywołuje podwójny skutek, ale wynikający z dwóch różnych źródeł. Jeżeli zatem doszłoby do odwołania darowizny, to umowa ta traci swój skutek zobowiązujący, a w konsekwencji 56 KC także i rzeczowy (art. 56 Kodeksu cywilnego).

Z uwzględnieniem powyższych argumentów nie należy się zgadzać w pełni. Kwestia odpowiedniego stosowania przepisów o roszczeniu windykacyjnym nie powinna mieć zastosowania tym bardziej, że 888 § 1 k.c. w ogóle nie wspomina o *rei vindicatio*, zwracając się ku ochronie bezpodstawienia wzbogaconego. Ponadto roszczenie windykacyjne, które po odwołaniu przysługiwałoby darczyńcy, ma charakter rzeczowy. Gdy po uzasadnionym odwołaniu darowizny nieruchomości darczyńca pogodziłby się z obdarowanym i zrezygnował z odzyskania darowanej rzeczy, to nie mógłby się zrzec swojego roszczenia windykacyjnego, gdyż z chwilą skutecznego odwołania stawałby się z powrotem właścicielem rzeczy⁴².

W uchwale SN z 7 stycznia 1967 r. stwierdzono, że „oświadczenie odwołujące darowiznę nieruchomości z powodu rażącej niewdzięczności nie powoduje przejścia własności nieruchomości z obdarowanego na darczyńcę, lecz stwarza jedynie obowiązek zwrotu przedmiotu odwołanej darowizny stosowanie do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu⁴³”. Jak stwierdził SN, złożenie oświadczenia woli w przedmiocie odwołania darowizny nieruchomości skutkuje upadkiem *causae donandi*, lecz nie unicestwienia z mocy samego prawa prawnorzeczowego skutku umowy darowizny⁴⁴. Upadek darowizny wykonanej wymaga wykonania, przez co skutek rozporządzający w tym przypadku nastąpi niejednokrotnie dopiero przez odpowiednie świadczenie ze strony obdarowanego⁴⁵.

Ze względu na fakt odesłania do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu uznać należy, iż cel tego działania musi być bardziej daleko-

⁴² M. Warciński, *op.cit.*, s. 44-45.

⁴³ Uchwała SN z 7 stycznia 1967 r., III CZP 32/66, OSPiKA 1969 z. 5 poz. 97.

⁴⁴ Wyrok SA w Łodzi z 15 grudnia 1999 r., I ACa 651/99, OSA 5/2000, poz. 19.

⁴⁵ W. Czachórski et al., *op.cit.*, s. 563.

siężny niż tylko podporządkowanie sposobu zwrotu darowizny przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu. Według SN, skutek rzeczowy odwołania darowizny mógłby istnieć tylko wtedy, gdyby przepis szczególny go przewidywał. Ze względu na sens przepisu 898 § 2 k.c. nie można wyprowadzić takiego skutku, zatem z chwilą odwołania darowizny świadczenie darczyńcy pozostaje bezpodstawnie w „rękach” obdarowanego i tym samym rodzi jedynie obowiązek jego zwrotu. Gdyby odwołanie miało pociągnąć za sobą również wspomniany skutek rzeczowy, to odesłanie do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu byłoby niezrozumiałe, zwłaszcza że w art. 898 § 2 k.c. mówi się wyraźnie o zwrocie „przedmiotu” darowizny, a nie tylko o korzyściach uzyskanych z tego przedmiotu⁴⁶. Za całkowicie błędną należy uznać argumentację zwolenników rzeczowego skutku darowizny, zgodnie z którą odesłanie do przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu ma jedynie znaczenie dla określenia zakresu zwrotu. „Sprowadzenie roli odesłania § 2 art. 898 k.c. do określenia jedynie zakresu zwrotu nie objaśniałoby sensu przepisu. Dla osiągnięcia wskazanego celu regulacji, nie byłoby bowiem w ogóle potrzebne odesłanie do instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, ponieważ możliwość zastosowania odpowiednich przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu nie budziłaby żadnych wątpliwości, cel tego odesłania musiał być zatem dalej idący – zmiana samego mechanizmu odwołania darowizny poprzez wskazanie na wyłącznie obligacyjny charakter skutków oświadczenia darczyńcy w tym przedmiocie⁴⁷”.

Według SN, przepisom k.c. obca jest konstrukcja, która łączyłaby skutki rzeczowe z jednostronnym oświadczeniem woli, pochodzącym od osoby niebędącej w chwili jego składania właścicielem rzeczy⁴⁸. Zrównanie umowy zobowiązującej do przeniesienia własności nieruchomości, zawartej w kwalifikowanej formie aktu notarialnego, z jednostronną czynnością prawną podjętą w zwykłej formie pisemnej, jest niedopuszczalne⁴⁹.

⁴⁶ Uchwała SN z 7 stycznia 1967 r., III CZP 32/66, 5/OSPika 1969, poz. 97.

⁴⁷ A. Szpunar, *Kilka uwag o odwołaniu darowizny*, RPEiS 3/1986, s. 10 oraz W. Czachórski, *Glosa do uchwały SN z dnia 7 stycznia 1967*, III CZP 32/66, 5/OSPika 1969, poz. 97.

⁴⁸ M. Warciński, *op.cit.*, s. 42 i 43.

⁴⁹ S. Breyer, *Glosa do uchwały SN z dnia 17 października 1963 r.*, III CO 51/63, OSPika 2/1965.

Również stanowisko konstytuujące silniejszą ochronę darczyńcy ze względu na skutek rzeczowy nie znajduje uzasadnienia. Mimo zobowiązującego skutku odwołania umowy darowizny, interesy darczyńcy nadal pozostają pod ochroną. Ochrona ta w postaci skutku rzeczowego byłaby i tak nierealna we wszystkich wypadkach zbycia nieruchomości przed dopuszczeniem się rażącej niewdzięczności – w szczególności wskazać tu należy „z jednej strony na przepisy art. 59 i 407 k.c., dające darczyńcy w warunkach w tych normach przewidzianych roszczenie wprost przeciw osobie trzeciej, a z drugiej strony na przepisy art. 405, 406 i 414 k.c., a poza tym jeszcze na przepisy kodeksu postępowania cywilnego o zabezpieczeniu roszczeń (art. 730 i nast. k.p.c. – a zwłaszcza art. 755 k.p.c.). Co prawda przy skutku rzeczowym ochrona byłaby pełniejsza, jednakże z przyczyn wyżej przytoczonych można tak daleko idącą ochronę traktować jedynie jako postulat *de lege ferenda*. Takiemu postulatowi można by jednak zarzucić, że nie uwzględni on pewności i bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami i przesadnie chce chronić darczyńcę, który – jeżeli zdecydował się na darowiznę – musi w pewnej mierze ponosić niebezpieczeństwo utrudnienia lub udaremnienia odzyskania własności darowanej rzeczy mimo rażącej niewdzięczności obdarowanego⁵⁰”. Jeżeli zatem darczyńca w uzasadnionym przypadku odwołał skutecznie darowiznę, to po stronie obdarowanego powstaje obowiązek zawarcia kolejnej umowy z darczyńcą przenoszącej własność nieruchomości na jego rzecz. Gdyby do takiej umowy nie doszło, pozostaje darczyńcy droga powództwa o zobowiązanie obdarowanego do przeniesienia własności nieruchomości.

W intencji legislacyjnej chodziło tu raczej o zmianę samego mechanizmu odwołania darowizny poprzez wskazanie na wyłącznie obligacyjny charakter skutków oświadczenia darczyńcy⁵¹. Kwestia ta jednak budzi w doktrynie rozbieżność poglądów⁵².

⁵⁰ Uchwała SN z dnia 7 stycznia 1967 r., III CZP 32/66, OSPiKA 5/1969, poz. 97.

⁵¹ *Ibidem*, także w OSP 1969, poz. 97 z glosą W. Czachórskiego i B. Dobrzańskiego oraz M. Kępińskiego, NP 2/1970, s. 107 i n.; zob. także orzeczenie SN z 21 grudnia 1973 r., OSP 31/1975, z glosą B. Dobrzańskiego. OSP 1969, poz. 97.

⁵² E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa–Kraków 1974, s. 128 i n.; S. Grzybowski, w: *System*, t. III, cz. 2, s. 248; zob. też uchwała SN z 17 października 1963 r., III CO 51/63, OSN 9/1964, poz. 170.

Sądowi Najwyższemu zarzucono, że w uchwale z 17 października 1963 r. popełnił błąd logiczny w postaci *petitio principii*. SN przyjął bowiem postawioną tezę o rzeczowym skutku odwołania, którą należało dopiero dowieść, jako założenie – pewnik bez dowodzenia⁵³, co skutkuje całkowitym odrzuceniem koncepcji rzeczowego skutku odwołania darowizny.

4. Zakończenie

Mając na względzie wszystkie powyższe ustalenia, uważam, że we współczesnych stosunkach cywilnoprawnych omówiona instytucja odwołania darowizny ma niebagatelne znaczenie dla zabezpieczenia interesów darczyńcy, który świadcząc na rzecz obdarowanego, nigdy do końca nie ma pewności, czy osoba, na rzecz której decyduje się on przysporzyć czasami majątek całego życia, jest na tyle lojalna, że w sytuacjach trudnych dla darczyńcy, bądź bezpośrednio godzących w dobra darczyńcy, będzie istniała obiektywna możliwość odwołania skutków działań pierwotnych. Dyskusyjny jest jedynie sam sposób jej odwołania. Początkowo SN stał na stanowisku rzeczowego skutku odwołania darowizny nieruchomości, twierdząc, iż sam fakt dotarcia do obdarowanego oświadczenia o odwołaniu darowizny powoduje automatyczne przejście własności nieruchomości na darczyńcę, bez potrzeby dokonywania dodatkowych czynności prawnych. W następstwie wielu wątpliwości doktryny co do przyjętego stanowiska, orzecznictwo całkowicie zmieniło zapatrywania twierdząc, że jedynym skutkiem odwołania darowizny jest powstanie prawnego obowiązku po stronie obdarowanego, zobowiązującego go do ponownego przeniesienia własności nieruchomości na darczyńcę. Zmiana zapatrywań na tak ważną kwestię, jaką jest zabezpieczenie pewności obrotu prawnego, jest wypadkową szerokiej dyskusji co do najlepszego sposobu ochrony darczyńcy.

⁵³ S. Breyer, *op.cit.*

Methods and Results of Canceling a Donation in Civil Law with Special Reference to Property

The problem in the doctrine is the precise effect of the appeal donations of property, namely, whether the donor to revoke the declaration of real estate donations directly pursues, therefore, whether it has the effect of material that causes the transition to donor ownership of the property automatically by the mere fact of the declaration of revocation or a declaration of revocation bond take effect in the sense that it creates for the recipient obligation to transfer ownership back to the donor. Donation can be made to time in the cases provided for in the Act canceled, and the provisions of the Code in this matter distinguish two situations, and carry out a strict demarcation between them may cause difficulties. In the first of the possible situations we face in case the contract of donation has not yet been made. The second situation, which governs civil law applies even made a donation appeal, but only if the recipient has violated the existing relationship between him and the donor in such a way that in the evaluation of donor action taken by the recipient bears the characteristic blatant ingratitude.

Bolesław Dülle^{*}

Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Prawo kanoniczne na ziemiach polskich wczoraj, dziś i jutro”

W dniach 22–23 maja 2015 r. w Lectorium Josephi Szuisi Collegium Novum Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie odbyła się pierwsza Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Prawo kanoniczne na ziemiach polskich wczoraj, dziś i jutro” zorganizowana przez Koło Naukowe Prawa Kanonicznego Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa (Dalej: TBSP) UJ. Organizatorzy podkreślali, że było to pierwsze od kilkudziesięciu lat wydarzenie związane z kanonistyką na UJ. Sama konferencja skierowana była do studentów i doktorantów, to jest do młodych naukowców. Cieszyła się bardzo dużym zainteresowaniem, czego wyrazem było aż 27 wygłoszonych na niej referatów.

22 maja 2015 r. o godzinie 11.00 przybyłych gości przywitał prezes, a jednocześnie założyciel Koła Naukowego Kanonistów TBSP UJ, Michał Szymański. W panelu I głos zabrali następujący prelegenci: Filip Warowny z Wydziału Prawa i Administracji (dalej: WPiA) UJ (*Zwyczaj jako najlepsza metoda interpretowania prawa na przykładzie polskich zwyczajów liturgicznych*), Tomasz Kisiel z WPiA UJ (*Reformy prawa liturgicznego w Polsce w latach 1962–1970*), Piotr Sobański z WPiA

^{*} Student na Wydziale Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie.

Uniwersytetu Śląskiego (*Celibat duchownych w prawie kanonicznym*). W panelu II przedstawiono referaty zatytułowane: *Filozofia prawa kanonicznego a filozofia prawa świeckiego – między prawem naturalnym a pozytywizmem?* (Szymon Mazurkiewicz z WPiA UJ), *Personalistyczne ujęcie godności osoby ludzkiej na gruncie prawa kanonicznego i Konstytucji RP* (Piotr Więcek z WPiA UJ), *Ciało – świątynia Ducha Świętego. Osiągnięcia nauk medycznych i ich niebezpieczeństwa a regulacje polskiego prawa państwowego i kanonicznego z perspektywy historycznej i bioetycznej* (Michalina Mazur i Karolina Motor z Collegium Medicum UJ). Na panelu III referaty wygłosili: Michał Szymański z WPiA UJ (*Ad fontes! Początki studiów nad prawem kanonicznym na średniowiecznej Akademii Krakowskiej*), Bolesław Dülleke z Wydziału Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II (*Historia nauki prawa kanonicznego w Polsce – aktualny stan badań – postulaty badawcze*), Krzysztof Oliwa z Instytutu Historii UJ (*Wzrost znaczenia Kościoła krakowskiego w okresie biskupa-ordynariusza Albina Dunajewskiego [1879–1894]*). Na panelu IV można było wysłuchać referatów: *Problem nieskuteczności regulacji kanonicznych skierowanych przeciwko Żydom w średniowiecznej Polsce* (Rafał Marek z WPiA UJ), *Rozwód na ziemiach polskich pod zaborami 1795–1918* (Bartłomiej Bąk i Natalia Witkowska z WPiA UJ), *Problemy ze zwoływaniem synodów diecezjalnych po Soborze Trydenckim* (Damian Szczepaniak z WPiA UJ). Na ostatnim panelu pierwszego dnia konferencji głos zabrali: Marek Strzała z WPiA UJ (*Partykularne polskie majątkowe prawo kanoniczne – zarys stanu de lege lata, znaczenie dla obrotu prawnego i potencjalne kierunki rozwoju*), Piotr Macioszek z WPiA Uniwersytetu Gdańskiego i Wydziału Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego (*Kanoniczny zakaz sprawowania przez duchownych katolickich urzędów świeckich a udział duchownych w zebraniu wiejskim*).

Po ostatnim panelu uczestnicy konferencji wspólnie udali się na obiad do krakowskiej Gospody Koko, gdzie w kuliach omawiali plany dotyczące organizacji przyszłorocznej konferencji (prawdopodobnie zostanie ona poświęcona Prawu Kościołów Wschodnich w 25. rocznicę promulgacji Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich), a także ewentualnej

współpracy międzyuczelnianej w zakresie prawa kanonicznego (szczególnie współpracy między WPiA UJ a Wydziałem Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II).

Drugi dzień konferencji rozpoczął się o godzinie 11.00 krótkim przywitaniem przybyłych gości, po którym rozpoczął się panel I, gdzie głos wzięli: Bolesław Düllek z Wydziału Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II (*Zarys historii nauki prawa kanonicznego od początku państwowości polskiej do połowy XV wieku*), Katarzyna Dola-towska z WPiA Uniwersytetu Warszawskiego (*Spór o władzę i ziemię. Procesy Rzeczypospolitej z Zakonem Krzyżackim: Sobór w Konstancji i sąd arbitrażowy we Wrocławiu*), Katarzyna Wiktorowska z WPiA UJ (*Nuncjusze apostołscy w III Rzeczypospolitej*). Na panelu II można było wysłuchać następujących referatów: *Prawo kanoniczne w polskim porządku prawnym – relacja niezależności czy funkcjonowanie w symbiozie?* (Daria Cicha z Instytutu Prawa Kanonicznego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego), *Zatrudnienie katechety między prawem kanonicznym a prawem pracy* (Jakub Grygutis z WPiA UJ), *Tajemnica spowiedzi jako koegzystencji prawa kanonicznego i karnoprosesowego* (Patrik Łąkowski z Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego), *Wyrok sądowy w kanonicznym procesie sądowym* (Szymon Jakóbk z WPiA Uniwersytetu Śląskiego). Panel III wypełniły prelekcje: Anny Świerczyńskiej z WPiA UJ (*Struktura i reprezentacja kościelnych osób prawnych*), Krzysztofa Bokwy z WPiA UJ (*Prawo kanoniczne a przeniesienie własności w prawie polskim*), Krzysztofa Grzegorzcyka z WPiA UJ (*Cywilnoprawne aspekty zakonnych ślubów ubóstwa*). Na panelu IV ogłoszono referaty: *Ugodowe i polubowne rozstrzyganie sporów w Kościele Katolickim – samoistna instytucja prawa kanonicznego czy wpływ prawa świeckiego?* (Tomasz Trojnar z Instytutu Prawa Kanonicznego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego i Patrycja Wielgus z WPiA Uniwersytetu Rzeszowskiego), *Wzajemne stosunki Państwa i Kościoła Katolickiego w Polsce w świetle orzecznictwa sądów* (Klaudia Pietras z WPiA Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego), *Przyszłość prawa kanonicznego w Polsce* (Piotr Olechowski z WPiA UJ).

Konferencja zakończyła się około godziny 17.00. Biorąc pod uwagę ilość prelegentów z licznych ośrodków naukowych całego kraju, już teraz możemy powiedzieć, że zakończyła się powodzeniem. Wynika stąd

także wniosek, że prawo kanoniczne cieszy się dużym zainteresowaniem wśród młodych naukowców, zarówno związanych z prawem kanonicznym, jak i prawem świeckim. Należy mieć nadzieję, że konferencja była pierwszym, ale nie ostatnim tego typu wydarzeniem naukowym skierowanym do młodych, oraz że w przyszłości krakowskie środowisko naukowe zorganizuje podobne przedsięwzięcia. Miejmy nadzieję, że będzie to kolejna okazja do nawiązania międzyuczelnianej współpracy, w której weźmie udział nie tylko WPiA UJ, ale także Wydział Prawa Kanonicznego Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II.

Jakub Turczyn*

Nowe technologie a ontologia prawa. O nowej kategorii bytów w prawie osobowym

1. Zarys tematyki, kwestie terminologiczne oraz objaśnienie celu pracy

1.1. Zarys tematu

Najszerzej pojętym celem prawa jest regulowanie stosunków społecznych. Z tego stwierdzenia można w prosty sposób wysnuć wniosek, iż aby spełniało swoją rolę, musi ono ulegać nieustannym przemianom. Sam fakt zachodzenia jakichkolwiek zmian nie jest jednak wystarczający, bowiem powinny one być zsynchronizowane z procesem rozwoju społeczeństwa. Choć rozdzwięk pomiędzy tymi dwoma czynnikami może być motorem zmian kulturowych, czego przykładem jest dwudziestowieczna sekularyzacja Turcji czy stymulowana narzędziami prawnymi zmiana irańskiego modelu rodziny, to w przypadku obrotu towarowego przestarzałe w stosunku do rzeczywistości regulacje mogą być tylko hamulcem rozwoju – o ile bowiem trudno poddać ocenie aksjologicznej czynnikowi kulturowe, to kwestie ekonomiczne można oceniać za pomocą neutralnego miernika wydajności produkcji. Z tych względów uważam, że prawo powinno być w kwestiach neutralnych kulturowo¹ a istotnych gospodarczo jak najbardziej postępowe.

Aktualnie coraz istotniejszym, a przy tym najszybciej się rozwijającym działem gospodarki są tak zwane nowe technologie. Szeroko rozumiany przemysł *high tech* staje się zarazem przyczyną coraz to większych wyzwań dla współczesnych systemów prawnych. Dokonujący

* Autor jest studentem II roku Kolegium Międzyobszarowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego, w ramach Kolegium studiuje m.in. prawo.

1 Nie sugeruję tutaj, iż regulacje dotyczące wyłącznie obrotu są indyferentne kulturowo, jednak ich wpływ na tę dziedzinę jest nieporównywalnie mniejszy niż praw wprost się do niej odnoszących.

się w tempie wykładniczym² postęp sprawia, iż prawo dostosowane do świata sprzed nawet kilkunastu lat z dnia na dzień może przestać być aktualne. Przykładem takiego właśnie procesu – zdystansowania prawa przez rzeczywistość – jest stopniowo zdobywająca popularność w zagranicznej literaturze prawniczej kwestia tzw. *artificial agents*, która będzie przedmiotem mojej pracy.

Sztuczne przedstawiciele (kwestia nazewnictwa zostanie wyjaśniona niżej) to część zaawansowanych programów komputerowych. Dotychczas wszelkie wytwory programistów traktowane były z ontologicznego punktu widzenia jako rzeczy – ciągi symboli opisujące obliczenia oparte na pewnych regułach-językach programowania³. W procesie podejmowania jakichkolwiek działań rzeczy mogą być albo ich przedmiotem, albo narzędziem. W przypadku czynności prawnej rzecz można np. zbyć – wówczas jest ona przedmiotem tego działania – bądź też posłużyć się nią dążąc do jakiegoś celu, np. długopisem podpisać kontrakt. Część programów komputerowych jest jednak skonstruowana w taki sposób, że trudno byłoby uznać je za narzędzia czy tym bardziej przedmioty. W rzeczywistości najbliższej im do kategorii podmiotów⁴ – są zdolne do samodzielnego uczenia się, analizowania bodźców środowiska, komunikowania się (zarówno z ludźmi, jak też innymi programami) oraz podejmowania działań pod wpływem tychże czynników bez jakiegokolwiek ingerencji człowieka. Te właśnie byty – złożone algorytmy decyzyjne, które w imieniu swoich operatorów podejmują decyzje oraz wdrażają je w życie, będą w tej pracy nazywane sztucznymi przedstawicielami. Ich najogólniejsza definicja to „cokolwiek, co może być uznane za coś postrzegające swoje środowisko za pomocą czujników i wpływające na nie poprzez elementy wykonawcze”⁵. W przypadku samych programów adekwatną definicją wydaje się być „oprogramowanie, które działa w

2 Tak zwane „prawo Moore’a” – sformułowane pierwotnie w latach 60. dla liczby tranzystorów w mikroprocesorach i obecnie rozszerzone do wielu innych zagadnień z dziedziny konstrukcji maszyn obliczeniowych – jak dotąd skutecznie przewiduje podwajanie się mocy obliczeniowej komputerów co 24 miesiące.

3 M. Ben-Ari, *Understanding Programming Languages*, Chichester 1996.

4 Podmiotów w rozumieniu filozoficznego rozróżnienia na podmiot i przedmiot, niekoniecznie w sensie prawnym.

5 S. Chopra, L. White, *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents*, Ann Arbor 2011, s. 6.

imieniu jego użytkownika i próbuje spełniać określone cele lub wykonać zadania bez bezpośredniego wpływu czy nadzoru jego użytkownika”⁶.

Stosunek zakresów denotacji nazw „program komputerowy” oraz „narzędzie” z dotychczasowego zawierania się pierwszej z nich w drugiej zmienia się w stosunek niezależności. Są bowiem narzędzia niebędące programami komputerowymi (np. służący do wbijania gwoździ młotek), są obiekty, którym można by przypisać obie nazwy (np. edytor tekstu, w którym powstaje ta praca), a wreszcie także programy, które narzędziami nie są (chodzi o wspomnianych sztucznych przedstawicieli). Jako przykład może tutaj posłużyć chociażby algorytm oceniający sposób używania karty kredytowej przez jej posiadacza⁷.

1.2. Terminologia

W kwestii nazewnictwa odwołuję się do terminologii zaproponowanej przez Samira Choprę, który celnie uzasadnił, dlaczego ta – być może pozornie niezręczna – nazwa najlepiej nadaje się do desygnowania opisywanych obiektów. Pisał on:

„Throughout this book, we will use the expression artificial agent rather than electronic agent, software agent, intelligent agent, or artificial intelligence. Artificial agent is the broadest, most expressive term covering the wide range of technologies under discussion in our work. We prefer it to electronic agent because an artificial agent may be instantiated by an optical, chemical, quantum, or indeed biological, rather than an electronic, computing process. We do not favor software agent as it would not cover embodied agents such as robots or hardware implementations such as neural network chips. We deprecate the terms intelligent agent or artificial intelligence as we wish to emphasize the embedded, social, real-world nature of artificial agents, rather than merely their disembodied intelligence”⁸.

Choć słowo „sztuczny” może wydawać się nie do końca właściwe użytkownikom języka polskiego, to uważam, że żadne inne tłumaczenie tego terminu nie byłoby poprawne, a wyrażenia inne – zgodnie z

⁶ *Ibid.*

⁷ S. Chopra, *Computer Programs Are People, Too*, „The Nation” z 29 V 2014, www.thenation.com/article/180047/computer-programs-are-people-to [dostęp: 24.06.2014]

⁸ S. Chopra, L. White, *op. cit.*, s. 27-28.

cytowanymi słowami – byłyby mniej precyzyjne. Jako że zarówno w przypadku języka prawnego, jak i prawniczego jasność terminologii jest wartością bardziej cenioną niż elegancja brzmienia, sądzę, iż wybór ten jest w pełni uzasadniony. Celowo też używam formy „sztuczne przedstawiciele” zamiast „sztuczni przedstawiciele”, gdyż wersja nieosobowa o wiele bardziej zgodna jest z duchem terminu. W materiale źródłowym, z uwagi na specyfikę języka, ten problem nie istniał, uważam jednak, że taka forma słowotwórstwa jest uprawniona z uwagi na konieczność odróżnienia przedstawicieli-osób fizycznych od bytów opisywanych przeze mnie. Od teraz konsekwentnie, także w wymiarze fleksji, będę więc traktował tę nazwę jako przedstawicielkę rodzaju niemęskoosobowego nieżywotnego, w opozycji do męskoosobowych żywotnych „agentów” ugruntowanych już w języku polskim jako nazwa dla wykonujących określone zadania ludzi.

1.3. Cel pracy

Celem niniejszej pracy jest analiza procesu ewolucji konstrukcji zdolności prawnej w stosunku do bytów niebędących osobami fizycznymi ze szczególnym uwzględnieniem warunków, jakie były im stawiane, by można im ją było przypisać. Następnie planuję wykazać, że wszystkie z tych wymagań spełniane są przez sztuczne przedstawiciele, wskutek czego także ich zdolność prawna powinna zostać uznana. Celem mojej pracy nie jest pełne opracowanie tej tematyki, a jedynie przedstawienie racji przemawiających za dodaniem do prawniczej ontologii nowej kategorii bytów oraz podkreślenie wagi dostosowywania prawa do dynamicznie zmieniających się warunków społeczno-ekonomicznych. Praca nie ma jednak na celu opisywanie stanu prawnego *de lege lata* czy podnoszenie konkretnych postulatów *de lege ferenda*, a tylko odwołuje się do początków teorii osoby prawnej w polskiej cywilistyce oraz rozważań na temat ich zdolności prawnej. Jeśli bowiem nauka prawa uzależniała uznanie istnienia nowej kategorii bytu prawnego od istnienia jego zdolności prawnej, pojawienie się nowej kategorii rzeczy, które ten warunek spełniają, powinno skłonić do pewnych refleksji. Uznanie zdolności prawnej sztucznych przedstawicieli będzie tematem niniejszej pracy.

2. Materialne warunki istnienia zdolności prawnej bytu niebędącego osobą fizyczną

2.1. Opis warunków

Wymagania, jakie stawiane są przez naukę prawa rzeczom (w rozumieniu słowa „rzecz” jako kategorii ontycznej), które chce się uznać za obdarzone cechą posiadania zdolności prawnej dzielą się na materialne oraz formalne. Przedmiotem tego rozdziału niniejszej pracy będą te pierwsze. W swojej pracy pt. *Studia nad istotą osoby prawniczej*, będącej twórczym podsumowaniem i rozwinięciem ówczesnych sporów na temat natury tak zwanych „osób prawnych”⁹, Roman Longchamps de Bérrier w ten sposób określa formalne warunki istnienia zdolności prawnej:

„Czy obok człowieka są jeszcze inni członkowie społeczeństwa ludzkiego, posiadający materialną zdolność prawną? Pytaniem tem wkraczamy w dziedzinę t. zw. osób prawnych. Odpowiedź na nie zależy, jak zaznaczyliś już na wstępie naszych badań, od stwierdzenia dwóch faktów: 1) czy rzeczywiście istnieją istoty, które, nie będąc ludźmi, posiadają przymioty, potrzebne do spełnienia roli podmiotu prawa, a więc mają zdolność posiadania interesów i mają lub mogą mieć własną wolę wzgl. prawnego zastępcę [...]”¹⁰.

Z przytoczonego fragmentu wynika, że zasadniczo istnieją dwa formalne warunki – jest to mianowicie zdolność do posiadania interesów oraz woli bądź zastępcy, który by tę wolę posiadał, by móc te interesy prawnie zabezpieczyć. Zamierzam tutaj przeanalizować znaczenie tych wymagań, a także wykazać, że fakt spełniania ich można prawdziwie orzec o opisywanych tu sztucznych przedstawicielach.

2.2. Interes

Na początku analizy wypada zdefiniować, czym jest ów „interes”, gdyż termin ten w języku naturalnym, choć pozornie może wydawać się bardzo intuicyjny, w rzeczywistości jest nieostry. Konsekwentnie czerpiąc z dorobku cytowanego uprzednio jurysty, posłużę się – dla zachowania spójności wywodu – wypracowaną przez niego w ramach tej samej pracy

⁹ Zarówno w tytule, jak i w dalszych cytatach z owej pozycji pozostawiam oryginalną pisownię sprzed reformy ortograficznej z 1936 roku.

¹⁰ R. Longchamps de Bérrier, *Studia nad istotą osoby prawniczej*, Lwów 1911, s. 163.

dość obszerną i w moim mniemaniu nie tylko adekwatną, ale też wyczerpującą definicją:

„Interesem nazywamy wogóle stosunek pewnej istoty do świata zewnętrznego, polegający na tem, że ta istota, ze względu na cel, do którego dąży, czegoś od świata zewnętrznego potrzebuje a ta potrzeba może być w zasadzie zaspokojona. Ten ostatni dodatek odróżnia interes od potrzeby. Faktyczna możliwość zaspokojenia pewnej potrzeby podnosi ją do kategorii interesu. Mogą być potrzeby, których zaspokojenie jest niemożliwe; wówczas one nie rodzą interesów. (...) Nie jest koniecznym dla pojęcia interesu, aby zainteresowany sam go odczuwał i jego zaspokojenia sobie życzył. Interesem jest także i ten stosunek, gdy ktoś czegoś potrzebuje, ale tej potrzeby sam nie odczuwa. Wówczas ktoś inny może mieć troskę o zaspokojenie tego, przez samego zainteresowanego nie odczutego interesu. [...] Od interesu należy odróżnić dobro, które służy do zaspokojenia interesu. [...] Od interesu należy też odróżnić korzyść, jaką ktoś przez zaspokojenie interesu odnosi”¹¹.

W świetle opisywanego tematu niezwykle ważne wydaje się być stwierdzenie, że nieistotne dla samego interesu jest istnienie jakiegokolwiek wewnętrznego stanu psychicznego z nim związanego. *Odczuwanie* czy też *życzenie sobie* – stany, których orzekanie o programach komputerowych jest co najmniej ryzykowne – są tutaj irrelewantne. Jedynymi warunkami *sine qua non* dla zaistnienia interesu są: posiadanie pewnego celu, potrzeby wiążącej się z dążeniem do tego celu oraz istnienie możliwości zaspokojenia jej. Uważam, że trzeci warunek – zaspokajalności potrzeby – nie musi podlegać tutaj dowodzeniu, gdyż jeśli jakiejś klasie istot przypiszemy już zdolność do posiadania potrzeb, to dowodzenie, iż wśród wszystkich potencjalnych potrzeb wszystkich istot tej klasy istnieją takie, które można zaspokoić, jest niepotrzebne. O ile bowiem nie mamy tutaj do czynienia ze sprzecznością logiczną, to trudno byłoby wyobrazić sobie takie coś w rzeczywistości.

Warto też zwrócić uwagę na zaproponowaną przez Longchamps tezę, iż interes jest „stosunkiem do świata zewnętrznego” – łatwo można się domyślić, że ze względu na warunki, w jakich pisana była cytowana

11 R. Longchamps de Bérrier, *op. cit.*, s. 97-98.

rozprawa, sformułowanie „świat zewnętrzny” odnosi się do czysto fizycznej rzeczywistości – stawianej przez autora najpewniej w opozycji do świata psychicznego. Za uzasadnione uważam stwierdzenie, że można by wyrażenie „świat zewnętrzny” zastąpić słowem „środowisko”, gdyż operacja ta nie tylko w żaden sposób nie zmienia znaczenia tekstu pierwotnego, ale w dodatku aktualizuje jego sens w ten sposób, że jest ono wówczas w stanie adekwatnie odnieść się do sztucznych przedstawicieli – w ich bowiem przypadku co do zasady „światem zewnętrznym”, czyli „środowiskiem” niekoniecznie jest fizyczna rzeczywistość, bowiem równie dobrze może to być czysto informatyczne otoczenie.

Po uwzględnieniu powyższych uwag wciąż pozostają dwa warunki istnienia interesów: posiadanie celu oraz związanej z dążeniem do niego potrzeby skierowanej wobec świata zewnętrznego. Wynika z tego, iż w ogóle możliwe jest istnienie takiego celu, z którym nie wiąże się ani jedna potrzeba związana ze środowiskiem. Są zatem takie cele, z którymi nie wiążą się żadne potrzeby lub takie, z którymi wiążą się potrzeby czysto wewnętrzne. Pierwsze wydają się być absurdem nazwowym – jeśli bowiem cel nie wiązałby się z żadną potrzebą, to automatycznie od razu byłby osiągalny, a co za tym idzie, nigdy by nie był celem. Te drugie zaś, w przypadku sztucznych przedstawicieli, są nieistotne. Choć bowiem można by sobie wyobrazić program odwołujący się do samego siebie, to sama autoreferencyjność nie może nigdy wyczerpać znamion definicji sztucznego przedstawiciela¹² – gdyż ten zawsze działa dla swojego operatora, który znajduje się poza nim samym.

Okazuje się, że w przypadku sztucznych przedstawicieli kryterium wystarczającym do zdecydowania o tym, czy mogą one być podmiotami interesów, jest rozstrzygnięcie tego, czy są one zdolne do działań celowych – jeśli orzeknie się prawdziwie o tym, że sztuczny przedstawiciel *x* posiada cel *y*, to jednocześnie trzeba uznać, że wiąże się z tym celem jakiś interes. Zatem wystarczy, że wykażę tutaj, iż program komputerowy może posiadać cel, by móc uznać, że spełnia on będący przedmiotem tego podrozdziału warunek podmiotowości prawnej. Do podobnego wniosku, choć na podstawie rozważań dotyczących wyłącznie organizacji będących

12 S. Chopra, L. White, *op. cit.*, s. 6.

zbiorowością ludzi, dochodzi autor *Studyów nad istotą osoby prawniczej*:

„Jako urządzenie istniejące trwale w pewnym celu i osiągające go własną działalnością, posiada z tego powodu każdy związek, jako taki, najrozmaitsze interesy, gdyż, jak powiedzieliśmy już wyżej (pod V, 4), interesy posiada każda istota, która pewną celową działalność rozwija. [podkreślenie moje – J.T.]”¹³.

W jaki sposób można stwierdzić, czy działalność danej istoty jest celowa? Odnoszenie tego do jakiegoś bliżej nieokreślonego stanu wewnętrznego tego bytu jest nieowocne, nikt nie ma bowiem do owych stanów, w zasadzie z definicji, dostępu. Można by argumentować, iż w przypadku własnej działalności można przypisać jej, dzięki introspekcji, celowość, niemniej jednak w rzeczywistości przyporządkowuje się ją na co dzień znacznie szerszej grupie podmiotów.

Skoro więc wiązanie celowości działania ze stanami wewnętrznymi nie daje oczekiwanych rezultatów¹⁴, trzeba się zastanowić nad inną metodą. Autorzy *A Legal Theory for Artifical Agents* za innymi badaczami proponują zgoła odmienne podejście:

„A system X can be considered an intentional one, that is, one toward which the intentional stance can and should be taken and to whom intentional predicates can be ascribed, if predictions and descriptions like «X will push the door open if it wants to go outside» or «X took action A because it believed that A would result in higher profits», can be made regularly, and are the most useful explanatory, interpretive, and predictive strategy with regards to its behavior. The system's behavior, then, is not just evidence it holds certain beliefs and desires; it is constitutive of that fact”¹⁵.

Proponuje się uznanie, że system działa celowo (ma intencję, by działać tak a tak) wówczas, gdy przypisanie mu jakiegoś celu najlepiej tłumaczy jego zachowanie oraz pozwala je w najdokładniejszy sposób przewidywać. Ten zwrot ze skupienia na wnętrzu ku obserwacji zachowań zewnętrznych stanowi w kwestii interpretacji ewentualnej celowości zachowań doskonale narzędzie, nie zmusza bowiem do wikłania się w

13 R. Longchamps de Brier, *op. cit.*, s. 201.

14 Nie twierdzę, że takiego powiązania nie ma, a jedynie, że stwierdzanie go nie jest poprawną drogą do szukania celowości.

15 S. Chopra, L. White, *op. cit.*, s. 13.

kwestie metafizyczne i pozwala skupić się na czysto naukowej obserwacji.

Sposób taki doskonale działa w praktyce. Jeśli student kupuje obiad w stołówce, to najlepszym sposobem na wyjaśnienie jego zachowania jest uznanie, że miał on właściwy każdemu człowiekowi cel – podtrzymanie egzystencji, a w związku z tym celem pojawiła się potrzeba – zaspokojenie głodu. Była ona możliwa do spełnienia (np. właśnie poprzez kupienie i spożycie obiadu), miał on więc interes w zjedzeniu go. Jeśli jednak w czasie jedzenia spadł mu ze stołu widelec, to przypisywanie sztuccowi celowości nie ma sensu – jego działanie (lot na podłogę) da się bowiem dużo lepiej opisać, wyjaśnić i przewidzieć za pomocą elementarnej fizyki.

Cytowani autorzy zwracają też uwagę, że teoretycznie działania istot, którym za pomocą wyłożonego kryterium przypisuje się celowość, można też opisać teoretycznie dzięki fizyce, chemii oraz biologii – jednak wyniki takiego opisu byłyby o wiele mniej użyteczne. Podają oni przykład, że żadna teoria fizyczna nie przewidzi zachowania studenta przed sesją lepiej niż przypisanie mu chęci zdobycia jak najlepszych ocen, gdyż tym drugim bardzo łatwo wyjaśnić fakt, iż będzie się on pilnie uczył¹⁶.

Trudno nie zgodzić się z przedstawioną argumentacją, dlatego też badając, czy istnieją programy komputerowe, którym przypisać można celowość, będę się kierował tym, czy najlepszym sposobem na opisanie ich funkcjonowania jest uznanie, że działają one właśnie w ten sposób. Oczywiście zastrzeżeniem wydaje się być, że pewne przypadki graniczne trudno będzie zakwalifikować. Może się też okazać, że właściwość celowości nie jest wartością dyskretną (konkretniej binarną), tylko ciągłą – całym spektrum możliwych stanów zaczynającym się od działalności całkiem niecelowej, przez w pewnym stopniu celową aż do absolutnie celowej. Osobiście uważam, że tak właśnie jest, także w przypadku świata biologicznego. Działanie dorosłego człowieka, w pełni sprawnego umysłowo i skupionego na tym, co robi, można bowiem uznać za prawie absolutnie bądź absolutnie celowe¹⁷. Jednakże co z działaniami małych dzieci? Podobnie ma się sprawa z pozostałymi stworzeniami żywymi –

¹⁶ *Ibid.*, s. 13-14.

¹⁷ To zagadnienie jest kwestią prywatnych poglądów na stopień zdeterminowania ludzkich działań przez środowisko, istnienie wolnej woli itp. i jako takie nie podlega rozstrzygnięciu w tej pracy.

czym innym będzie działanie małpy z rzędu naczelnych, średnio rozwiniętego ssaka, skorupiaka, rośliny czy bakterii¹⁸. Pierwszy przykład to prawie na pewno w wysokim stopniu działanie celowe, później zaś stopniowo zbliżamy się do takich, które dużo łatwiej wyjaśnić zasadami biochemii czy fizyki. Jak widać, przypisanie działań danego obiektu celowości może przysparzać trudności nie tylko w przypadku bytów informatycznych, dlatego też nie należy traktować ich jako argumentów przeciwko zajmowaniu się tymi kwestiami.

Rozstrzygnięcie powyższych problemów, zwłaszcza związanych ze stosunkowo dużym obszarem nieostrości, nie jest jednak konieczne w celu dowiedzenia postawionej na początku tezy, ich zarysowania wymagała jedynie uczciwość intelektualna zmuszająca do rzetelnej analizy stosowanych narzędzi. Wskazywanie konkretnych kryteriów, które mogłyby pozwolić na pełne ustalenie zakresu takich programów, nie jest przedmiotem tej pracy, wystarczy bowiem, że wskazany zostanie jeden przykład, który wykracza poza zakres nieostrości, by udowodnić, że możliwe jest, iż istnieją algorytmy komputerowe, które można opisać jako działające celowo, a co za tym idzie – posiadające jakieś interesy.

Zasadnicze dla tego rozdziału pytanie brzmi: czy istnieją takie programy? Przywoływana wcześniej praca Chopry i White'a konstruuje eksperyment myślowy, w którym mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją:

„A complex artificial agent could especially aptly be the subject of the intentional stance if even its original programmer or designer, the one with the best knowledge of its innards, would find it a better predictive strategy than any other. For those of us lacking such knowledge to begin with, the intentional stance may be the only coherent strategy for interacting with the agent. It would not matter if the agent was acting because of programmed instructions; when the coherence of such a descriptive and interpretive framework is at stake, the internal composition or architecture of the agent becomes irrelevant”¹⁹.

Jednak istnienie programów, których zachowania zarówno ze

18 Kartezjański pogląd na zwierzęta jako biologiczne automaty odrzucam min. z powodu badań nad samoświadomością u goryli czy niektórych ssaków morskich.

19 S. Chopra, L. White, *op. cit.*, s. 14.

względu na poziom złożoności jak i specyficzną, nastawioną na naukę strukturę są możliwe do modelowania oraz wyjaśniania jedynie poprzez uznanie, iż mają one jakieś cele, jest nie tylko możliwością, ale też faktem. Algorytmy samouczące się powstają już od lat 50. XX wieku, a okres przełomu wieków to ich rozkwit już w dzisiejszym, dużo bardziej zaawansowanym rozumieniu²⁰. Przykładem może być oprogramowanie superkomputera Watson, który w 2011 roku wygrał teleturniej²¹ – jego główną funkcją było odpowiadanie na sformułowane w języku naturalnym pytania. Innym (powszechnie dostępnym) programem, który sam pobiera dane ze środowiska, przetwarza je i na podstawie doświadczeń zmienia swoje podejście do otaczającego go świata jest Google Translate – usługa ta jest stale poprawiana nie tylko przez pracowników korporacji czy użytkowników, którzy mogą poprawiać sugerowane tłumaczenie, ale przede wszystkim przez sam program, który uczy się, czytając ogromne zasoby Internetu.

O takich programach i ich twórcach, fachowa literatura wypowiada się w ten sposób:

„Such complex and adaptive systems, perhaps utilizing connectionist architectures and genetic algorithms, would possess «competencies [...] whose means are only indirectly shaped by human hands. [...] Programmers working in these methodologies are more like plant and animal breeders than machine makers»”²².

Skoro więc istnieją programy, dla których jedynym działającym sposobem opisu jest uznanie ich za byty działające celowo, to, zgodnie z poczynionymi wcześniej założeniami, należy je więc uznać za istoty zdolne do bycia podmiotami interesów. Tym samym pierwszy z dwóch określonych przez R. Longchamps de Bériera materialnych warunków posiadania zdolności prawnej uznaję w przypadku sztucznych przedstawicieli za spełnione.

2.3. Wola lub prawnie uznany zastępca zabezpieczający wykonywanie

²⁰ <www.pl.wikipedia.org/wiki/Uczenie_maszynowe> [dostęp: 25.06.14].

²¹

<www.webhosting.pl/IBM.Watson.i.Wolfram|Alpha.nadchodzi.era.maszynowego.rozumienia> [dostęp: 25.06.14].

²² S. Chopra, L. White, *op. cit.*, s. 15.

interesów

Skoro zostało już ustalone, że pewne kategorie programów komputerowych zdolne są do posiadania interesów, to pozostało nam wykazanie, że istnieje jakiś sposób zabezpieczenia wykonywania tych interesów pod ochroną prawa:

„Jako drugi warunek materialny [...] postawiliśmy zdolność do wykonywania praw podmiotowych, t. j. do zaspokojania swoich interesów za wolą swoją lub swego prawnie uznanego zastępcy. [...] każdy podmiot interesów, jeżeli nie posiada własnej woli, może mieć prawnie uznanego zastępcę”²³.

Przytoczony autor zaznacza jednocześnie, że uważa, iż do posiadania woli, rozumianej przez niego jako proces psychiczny, zdolne są tylko organizmy świadome. Teza o potencjalnym posiadaniu przez odpowiednio złożone algorytmy komputerowe świadomości, jakkolwiek nie w pełni nieuzasadniona, na chwilę obecną byłaby jednak co najmniej ryzykowna. Zostało już wcześniej ustalone²⁴, że sztuczne przedstawiciele nie mogą nigdy działać same²⁵. Konieczne jest dla nich, przynajmniej w fazie inicjalnej, istnienie operatora²⁶, który wyznaczy im, dowolnie w swej treści szerokie, zadanie. Jednocześnie warto przypomnieć, że owym „zleceńodawcą” nie musi być osoba fizyczna – w rzeczywistości zapewne częściej są to osoby prawne, gdyż nakład środków potrzebnych do stworzenia sztucznego przedstawiciela jest możliwy do zdobycia raczej przede wszystkim dla korporacji. Istotne jest też podkreślenie, że na przykład w przypadku usługi Google Translate operatorem nie jest użytkownik, który pyta program o tłumaczenie tekstu, tylko przedsiębiorca – Google Inc., który odpowiadanie na zapytania użytkowników uczynił zadaniem algorytmu i który sprawuje nad nim kontrolę (może go w dowolny sposób zmodyfikować, wyłączyć czasowo bądź trwale itp.).

²³ R. Longchamps de Bérier, *op. cit.*, s. 205.

²⁴ *Ibid.*, s. 6.

²⁵ Co oznaczałoby, że potencjalna silna sztuczna inteligencja (w rozumieniu Johna Searle’a), obdarzona wolą i samoświadomością, potrzebowałaby kolejnej kategorii prawnej (ew. uznania za równą osobie fizycznej), gdyż jej w pełni autonomiczna natura wykluczałaby zakwalifikowanie jej do kategorii sztucznych przedstawicieli. Dalsze rozważania w tym kierunku byłyby jednak bezpodstawne, na chwilę obecną bowiem wciąż nie ustalili się konsensus w kwestii faktycznej możliwości istnienia takiego bytu.

²⁶ Operatorem sztucznego przedstawiciela nazywam osobę (prawną bądź fizyczną), dla której on działa.

Ze względu na ten szczególny związek pomiędzy sztucznym przedstawicielem a jego operatorem – pod pewnymi względami podobny do tego, który istnieje między osobą prawną, a będącym jej zastępcą organem²⁷ – można uznać, że objawia on wolę w zastępstwie sztucznego przedstawiciela. Jest to sytuacja o tyle specyficzna, że zasadniczo celem SP jest wykonanie celu operatora, operator ma więc interes w tym, żeby dany program pracował bez przeszkód. W takiej sytuacji powstaje układ, w którym [O]perator dążąc do [C]elu tworzy (uruchamia) SP, gdyż SP może zaspokoić [P]otrzebę [O] szybciej/skuteczniej/łatwiej od samego [O]. [I]ntereselem [O] jest takie działanie SP, aby jak najszybciej zaspokoić [P]. Tymczasem [C']elem SP jest zaspokojenie [P], więc jego [I] jest tożsamy z [I] [O]. Pomimo tego, że [C] i [C'] różnią się, to wynika z nich jeden i ten sam [I]. Jak widać, nie da się rozróżnić w tej sytuacji interesu operatora od interesu sztucznego przedstawiciela. Jedynym podmiotem obdarzonym tutaj wolą, a co za tym idzie możliwością do prawnego zaspokajania swoich interesów, jest operator, jednak robiąc to, w sposób konieczny zaspokaja on także interesy swojego sztucznego przedstawiciela. Ta nierozdzielna tożsamość interesów wyraźnie odróżnia przedstawianą w niniejszej pracy konstrukcję od osób prawnych typu korporacyjnego czy fundacyjnego, gdyż tam interesy członków osoby prawnej nie musiały pokrywać się z interesami samej osoby²⁸.

Z powyższych twierdzeń wynika, że do uzasadnienia istnienia możliwości obrony prawnej interesów sztucznych przedstawicieli wystarczy wykazanie, że są sytuacje, w których naruszenie ich możliwości do dążenia w celu zaspokojenia pewnych interesów jest prawnie zabronione. Z pomocą przychodzi tutaj kodeks karny. W paragrafie pierwszym art. 268 KK mamy do czynienia m.in. z penalizacją czynów polegających na szeroko pojętym sabotowaniu automatycznego przetwarzania danych. Urządzenia, na których działa takie oprogramowanie, z dużą dozą prawdopodobieństwa zaliczają się do tych, które wcześniej nazwane zostały sztucznymi przedstawicielami. Artykuł ten chroni interesy sztucznych przedstawicieli i ich operatorów – pokazuje to zwłaszcza

27 R. Longchamps de Brier, *op. cit.*, s. 211.

28 *Ibid.*, s. 174.

paragraf trzeci, który uzależnia ich zabezpieczenie od woli operatora.

W przypadku zarówno pierwszego jak i drugiego paragrafu art. 269 KK spotykamy się z sytuacją podobną do wcześniej omawianych przepisów. W przypadku tego artykułu operatorami sztucznych przedstawicieli są osoby prawne – organy państwa bądź samorządu terytorialnego, i to w ich interesie leży zabezpieczenie pracy wspomnianych urzędów. Jak widać, także w tym przypadku mamy do czynienia z prawną ochroną interesów sztucznych przedstawicieli oraz ich operatorów. Analogicznie wygląda art. 269a, jednak w tym przypadku zakres chronionych operatorów – a co za tym idzie także SP – jest szerszy, dotyczy bowiem wszystkich. Jedyną z punktu widzenia niniejszej pracy różnicą jest zakres zagrożenia karą, ten jednak łatwo można wytłumaczyć typową tendencją do otaczania dóbr państwowych większą ochroną.

Jak pokazują powyższe przykłady, prawo już obecnie zabezpiecza interesy sztucznych przedstawicieli. Nie zmienia tego faktu to, że są one tożsame z interesami ich operatorów, przeciwnie, to właśnie dzięki temu mogą być ich prawnie uznanymi przedstawicielami. Wykazawszy, iż oba materialne warunki uznania zdolności prawnej są przez SP spełniane, mogą przejść do warunku formalnego.

3. Formalny warunek uznania posiadania zdolności prawnej przez daną istotę

3.1. Omówienie treści warunku

Podczas omawiania wymagań materialnych stawianych przed danym bytem w celu zweryfikowania jego zdolności prawnej odwołałem się do wersji sformułowanej przez autora *Studyów nad istotą osoby prawnej*. Konsekwentnie idąc torem jego rozumowania, przedstawię teraz następujący bezpośrednio po nich warunek formalny:

„2) czy istoty te są jako takie przez społeczeństwo za równorzędne z ludźmi uznane i do społeczeństwa ludzkiego przyjęte, czy więc mają sobie nadaną formalną zdolność prawną. W odróżnieniu od ludzi [...] one nie są z natury swymi członkami społeczeństwa ludzkiego lecz muszą być dopiero do niego przyjęte [...]”²⁹.

²⁹ *Ibid.*, s. 163.

Jak widać, formalny warunek nie odnosi się w żaden sposób do faktycznej natury bytów, co do których rozważana jest kwestia posiadania zdolności prawnej, a jedynie do istnienia określonych uregulowań prawnych, które by nie tyle konstytuowały jakieś ich własności, a jedynie potwierdzały ich istnienie w sferze prawa. W kwestiach własności istotnych obiektywnie, a nie tylko z punktu widzenia prawa, działalność ustawodawcy czy judykatury, która miałaby potwierdzać tę zdolność prawną, jest nie tyle twórcza, co raczej deklaratoryjna. Pisząc o osobach prawnych, R. Longchamps de Brier określał te kwestie w taki sposób:

„I tak najpierw mają one [osoby prawne – J.T.] zdolność posiadania własnych interesów [...] Następnie, jakkolwiek nie mają własnej woli, to jednak mają wzgl. mogą mieć swych prawnie uznanych zastępców [...]. Wreszcie są one szeregiem postanowień ustawowych uznane przez porządek prawny [...]”³⁰.

Wywód cytowanego jurysty sugeruje, że pomiędzy poszczególnymi wymaganiami zachodzi związek przyczynowo skutkowy. Istotnie jest tak, że drugi warunek materialny nie mógłby wystąpić bez zaistnienia pierwszego (jak bowiem można by zabezpieczać nieistniejący interes?), podobnie sprawy mają się też w przypadku relacji zachodzącej pomiędzy warunkiem formalnym a oboma warunkami materialnymi. Ustawowe uznawanie zdolności prawnej podmiotów, które nie spełniałyby materialnych wymogów jej posiadania, również byłoby absurdalne. Stąd wnioskuję, że proces powstania nowego podmiotu wyposażonego w zdolność prawną dzieli się na trzy etapy: faktyczne zaistnienie nowej kategorii bytu zdolnej do posiadania interesu, otoczenie tego interesu ochroną prawną i wreszcie uznanie go za osobny twór w ontologii prawa.

3.2. Istotność warunku formalnego

W świetle powyższych rozważań dochodzę do wniosku, że należałoby zweryfikować, na ile konieczność uznania zdolności prawnej danego bytu jest warunkiem jej istnienia. Jeśli bowiem uznać, że faktycznie pomiędzy kolejnymi etapami wykształcania nowego typu podmiotu wyposażonego w zdolność prawną istnieje związek przyczynowo-skutkowy,

³⁰ *Ibid.*, s. 164.

na co wskazują poprzedzające ten akapit rozważania, to warto się zastanowić, co w procesie przejścia z etapu drugiego do trzeciego jest przyczyną, a co skutkiem.

Część analizy tego związku kauzalnego jest stosunkowo prosta, bowiem jego efekt jest wyraźnie widoczny – jest nim ustawowe uznanie zdolności prawnej danej kategorii istot. Co jednak stanowi przyczynę? Wszelkie zmiany w prawie uzależnione są od działania ustawodawcy, można by więc przyjąć, że to jego wola jest tutaj przyczyną. By móc w pełni zrozumieć opisywane zjawisko, należałoby tę wolę poddać dokładniejszej analizie.

To, że ustawodawca działa racjonalnie, jest w rozumowaniach prawniczych zazwyczaj aksjomatem. Należy więc uznać, że po uważnym przestudiowaniu sytuacji faktycznej, ustawodawca objawia swą wolę – skoro zaś po zaistnieniu takiej sytuacji, że grupa podmiotów x spełnia konieczne do uznania ich zdolności prawnej warunki y i z , wolą ustawodawcy było formalne jej potwierdzenie, należy więc uznać, że w analogicznej sytuacji zachowa się on podobnie – z tego właśnie względu, że jest racjonalny. Przejście etapu trzeciego opisywanej procedury, choć pozornie mogłoby się wydawać uzależnione od arbitralnej decyzji, w rzeczywistości jest raczej kwestią konieczności wynikającej z aksjomatu racjonalności wszelkiego działania. Wobec tego jedyną kwestią, która została tutaj do rozstrzygnięcia, jest sprawdzenie, na którym etapie procesu powstawania i uznawania zdolności prawnej znajdują się sztuczne przedstawiciele.

3.3. Aktualny etap wykształcania się nowej kategorii bytów prawnych w przypadku sztucznych przedstawicieli

W pierwszym rozdziale wykazano, że sztuczne przedstawiciele pokonały już dwa pierwsze etapy opisywanego procesu. Dotychczasowe wnioski prowadzą więc do mniemania, iż ustawodawca powinien uznać ich zdolność prawną. Tak się jednak nie stało – Kodeks cywilny nie nadaje im żadnego statusu podmiotowego, wobec tego wygląda na to, że znajdują się one w swoistym stanie „zawieszenia” pomiędzy etapem drugim a trzecim. Można to wytłumaczyć inercyjną naturą prawa – im bardziej

skomplikowany i pełen wewnętrznych powiązań jest dany układ (a system prawny z całą pewnością jest skomplikowany oraz pełen wewnętrznych powiązań), tym trudniej jest wprowadzić do niego zmianę bez naruszania jego stabilności. Naturalne jest więc to, że wszelkie, zwłaszcza poważne, zmiany w prawie zajmują stosunkowo wiele czasu.

Powyższy powód ściśle wiąże się z kolejnym – sztuczne przedstawiciele istnieją od niedawna, przynajmniej z perspektywy czasowej, w jakiej ocenia się prawo. Z tego powodu dotychczas nie stały się w prawniczym świecie przedmiotem powszechnej refleksji. Jednak wraz z upływem czasu ich obecność w świecie staje się coraz bardziej zauważalna – zarówno z powodu tego, że stopniowo przestają być nowością, jak i dlatego, iż postęp techniczny sprawia, że ich tworzenie oraz utrzymanie jest coraz tańsze, a możliwy zakres powierzonych im zadań przyrasta w bardzo szybkim tempie.

Choć wola ustawodawcy wpływa także na rzeczywistość pozaprawną, to jednak tezą trudną do obronienia byłoby twierdzenie o możliwości cofnięcia postępu, który już się dokonał. Dlatego też uważam, że choć dotychczas formalny warunek istnienia osobowości prawnej u sztucznych przedstawicieli nie został spełniony, jest to raczej kwestią czasu niż możliwości wyboru.

4. Zakończenie. Refleksje oraz dalsze perspektywy rozwoju omawianych kwestii

4.1. Podsumowanie

Najprostszym podsumowaniem jest stwierdzenie, że jeśli za kryterium zaliczenia danej kategorii istot w poczet bytów właściwych ontologii prawa uznać posiadanie przez nie zdolności prawnej, to opisywane w niniejszej pracy sztuczne przedstawiciele należałoby zaliczyć do tej grupy. Największe kontrowersje może budzić fakt niespełnienia przez nie sformułowanego ściśle warunku formalnego – sądzę jednak, że dostatecznie uzasadniłem, iż na etapie postulowania uznania zdolności prawnej jakiegś klasy istot wymaganie spełnienia tego warunku nie może mieć miejsca, gdyż spełnienie go automatycznie czyni ten postulat zrealizowanym.

Podejście odmienne byłoby błędnym kołem – nie można uzależniać uznania czegoś za x od faktu uznania tego za x .

Skoro więc uznałem, że rozwiązanie takie jest nie tylko racjonalne, ale wręcz – przy zachowaniu przedstawionej tutaj wizji poszczególnych elementów konstruujących zdolność prawną – konieczne, warto jest się na koniec zastanowić nad tym, co nam przynosi przyjęcie takiej teorii.

4.2. Refleksje

Włączenie nowej kategorii do konstelacji bytów prawnych pociąga za sobą nieuniknione pytanie – co dalej? Wraz z ich włączeniem, jako osobnej – obok osób fizycznych oraz prawnych – klasy należałoby się zastanowić nad wszelkimi tkwiącymi pomiędzy nimi różnicami oraz wynikającymi z nich konsekwencjami. Tak samo pomiędzy już uznanymi przez prawo podmiotami wyposażonymi w zdolność prawną występują różnice – np. osoba fizyczna może zawrzeć małżeństwo czy sporządzić testament, osoba prawna zaś, z oczywistych względów, nie. Identyfikacja oraz analiza tych różnic i zrozumienie ich konsekwencji stanowią nowe, niezwykle bogate pole do badań prawniczych. Doskonałym przykładem może być tutaj zagadnienie ich odpowiedzialności za szkodę, które autorzy *A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents* próbowali rozstrzygnąć w jednym z rozdziałów tej książki³¹.

4.3. Perspektywy na przyszłość

Czy można by uznać, że sztuczne przedstawiciele to ostatni byt, z jakim będzie musiała sobie poradzić ontologia prawa? Nie sądzę. Po pierwsze, być może w przyszłości dojdzie do powstania wspomnianej już w przypisie 25 tzw. Silnej Sztucznej Inteligencji, której charakterystyka byłaby wyraźnie inna od sztucznych przedstawicieli. Poza tym, krótkowzroczne byłoby uznawanie, iż zaistnieć mogą tylko te byty, których istnienie jesteśmy sobie już teraz w stanie wyobrazić. Pouczający w tej kwestii może być ten cytat:

„I tak n. p. maszyna nie ma interesu w osiągnięciu wzgl. w ułatwieniu osiągnięcia tego rezultatu, do którego ktoś jej używa, lecz ma go tylko

31 Por. S. Chopra, L. White, *op. cit.*, rozdz. IV, *Tort Liability for Artificial Agents*.

przedsiębiorca lub rzemieślnik, który tej maszyny używa, gdyż nie maszyna, lecz używający jej przedsiębiorca prowadzi celową działalność”³².

W istocie, czas, w którym powstawało przytaczane dzieło usprawiedliwia taki pogląd, nie można go jednak – w świetle tego, co zostało powiedziane w rozdziale pierwszym – podtrzymywać także dziś. Osobiście uważam, że w bliższej perspektywie czasowej nie będziemy mieli do czynienia z radykalnym przełomem. Co najwyżej rozszerzeniu ulec może ochrona prawna tzw. *non-human persons*, czyli zwierząt posiadających stosunkowo rozwiniętą umysłowość. Świadczyć o tym może przyznanie delfinom specjalnego statusu w Indiach³³, jednak pomimo zyskującego na znaczeniu ruchu na rzecz walki o prawa zwierząt czy dynamicznie się rozwijających *human-animal studies*, na razie wciąż trudno mówić o zdolności do posiadania przez np. delifna prawa podmiotowego – choć nie jest to nie do pomyślenia.

32 R. Longchamps de Brier, *op. cit.*, s. 154.

33 <www.dw.de/dolphins-gain-unprecedented-protection-in-india/a-16834519> [dostęp: 26.06.14].

Zaczynając od zarysowania tematu oraz wyjaśnienia kwestii terminologicznych, przedstawiam konstrukcję sztucznych przedstawicieli (ang. *artificial agents*) i zapowiadam próbę uzasadnienia uznania faktu istnienia ich zdolności prawnej. Następnie prezentuję wymagania stawiane przez doktrynę bytom, których status ontyczno-prawny jest niejasny – opieram się tutaj na poglądach R. Longchamps de Brier, który podzielił te warunki na dwie kategorie. Najpierw zajmuję się materialnymi – korzystając z prac współczesnych badaczy amerykańskich wskazuję na możliwość posiadania przez będące tematem pracy byty interesów (rozumianych jako stosunek do świata zewnętrznego), następnie zaś wykazuję, że z uwagi na specyficzny charakter ich relacji z człowiekiem możliwe jest zabezpieczenie ich zaspokożenia. Po wykazaniu faktu spełniania przez *artificial agents* warunków materialnych, przechodzę do warunku formalnego – wskazując na fakt niespełniania go, rozwijam argumentację za bezcelowością stawiania go bytom, co do których chce się rozstrzygnąć, czy posiadają zdolność prawną. W zakończeniu podkreślam potwierdzenie tezy oraz wskazuję dalsze możliwości rozwoju badań w tym kierunku, pokrótce też zarysowuję perspektywy istnienia innych klas obiektów, które mogłyby posiadać zdolność prawną.

Summary

At first, I shortly present the topic and definitions and then describe the idea of artificial agents, followed by an announcement of an attempt to justify the recognition of them having legal capacity. Subsequently, I present conditions made by legal doctrine for beings whose legal-ontic status is unclear – this part is based on R. Longchamps de Brier's works – the author of the distinction between material and formal conditions of having legal capacity. First, I analyse the material ones – using ideas of modern American researchers I point at the possibility of having interest (understood as an attitude towards world) by artificial agents, then I justify that due to special character of relations between them and humans it is possible to satisfy their interests under protection of the law. Having said that they meet all of material conditions, I begin the analysis of formal condition – emphasizing the fact that it is not met by them I continue to present arguments against the statement that it is necessary for any being to meet it. In the end, I come to the conclusion that my thesis has been confirmed, therefore I point at the possibility of further research into that matter as well as I present perspective of the existence of other objects whose legal capacity might someday be postulated.

Konrad Purzycki*

Ustrój i status prawnomiędzynarodowy Wolnego Miasta Gdańska (1920–1939)

Abstract

Free City of Danzig was established as a result of the provisions of The Treaty of Versailles. It was a compromise between Poland's need to have an access to the sea, and the interests of major population of Gdansk which was german-speaking.

Free City was not sovereign subject of international relations. It was connected in a specific way with League of Nations and it was under the administrative protectorate of Poland. International position of Gdansk and its political system based on: The Treaty of Versailles, The Constitution of The Free City of Danzig and agreements concluded by the authorities of the Gdansk with Polish government.

Political system of Gdansk based on the separation of power between: the legislative body in the form of the People's Assembly (Volkstag), Senate as an executive and independent judiciary. Constitution of The Free City of Danzig guaranteed civil and political rights including freedom of speech and religion.

Gdansk by the actions of the German government became the subject of the so-called *actual anschluss*. It consists in changing political system of Gdansk to 3rd Reich pattern in an informal way and gradual coordinating policies of Berlin and Gdansk. Lack of firm resistance

* Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

of international community to German action led to the outbreak of II World War and finally to inclusion of Gdansk to Reich.

Streszczenie

W wyniku postanowień Traktatu wersalskiego z 28 VI 1919 r. ustanowiono Wolne Miasto Gdańsk, które miało być kompromisem między koniecznością uzyskania przez Polskę dostępu do Bałtyku a interesami stanowiącej większość, niemieckojęzycznej ludności miasta.

Wolne Miasto było niesuwerennym podmiotem stosunków międzynarodowych, połączonym szczególną relacją zależności z Ligą Narodów oraz protektoratem administracyjnym z Rzeczpospolitą. Status prawnomiędzynarodowy Gdańska oraz jego ustrój ukształtowany został przez Traktat wersalski, Konstytucję Wolnego Miasta Gdańska oraz umowy zawarte przez władze gdańskie z Rzeczpospolitą Polską.

Ustrój polityczny Gdańska opierał się na podziale władzy między organem ustawodawczym w postaci Zgromadzenia Ludowego (Volkstag) a Senatem będącym organem wykonawczym oraz niezależnym sądownictwem. Konstytucja Wolnego Miasta gwarantowała szereg wolności obywatelskich, w tym wolność słowa i religii.

Gdańsk na skutek działań niemieckiego rządu stał się przedmiotem tzw. faktycznego anchlussu. Zjawisko to polegało na rzeczywistym upodabnianiu gdańskiego systemu politycznego do systemu III Rzeszy oraz sukcesywnym skoordynowaniu Gdańska z Berlinem, w wyniku nieformalnych nacisków. Brak stanowczego oporu społeczności międzynarodowej w stosunku do działań Niemiec doprowadził ostatecznie do wybuchu II wojny światowej i włączenia Gdańska do III Rzeszy.

1. Wprowadzenie

Zgodnie z postanowieniami Traktatu wersalskiego, podpisanego w dniu 28 VI 1919 r., regulującego zasady europejskiego pokoju po I wojnie światowej, ustanowione zostało Wolne Miasto Gdańsk. Było ono efektem kompromisu między ścierającymi się interesami europejskich mocarstw – ugodą między koniecznością uzyskania przez Polskę dostępu do Bałtyku i możliwości korzystania z Portu Gdańskiego, znajdującego się u ujścia największej polskiej rzeki, a interesami niemieckiej ludności Gdańska.

Wolne Miasto Gdańsk było niesuwerennym, autonomicznym obszarem mającym własne konstytucyjne władze, jednak zależnym od organów Ligi Narodów oraz połączonym z Polską relacją protektoratu administracyjnego. Relacją między suwerennym podmiotem (Polską) a przedmiotem protekcji (Gdańskiem), który od początku funkcjonowania nie posiadał suwerenności, lecz pomimo to stanowił podmiot stosunków prawno-państwowych¹.

Ustrój Wolnego Miasta Gdańska, jego organy konstytucyjne, system polityczny oraz poziom i rodzaj zależności od państwa polskiego oraz organów Ligi Narodów określały: Traktat wersalski, Konstytucja Wolnego Miasta Gdańska (zatwierdzona przez Ligę Narodów) oraz szereg umów między rządem gdańskim a polskim, w tym o największym znaczeniu tzw. Konwencja paryska. Do głównych kompetencji, które odbierały Gdańskowi przymiot suwerenności, przekazanych do prowadzenia przez polski rząd, należała polityka zagraniczna oraz administrowanie wspólnym obszarem celnym.

Ustrój Wolnego Miasta Gdańska oparty był na trójpodziale władzy z: niezależnym sądownictwem, parlamentem w postaci Volkstagu (Zgromadzenia Ludowego) oraz władzą wykonawczą sprawowaną przez Senat. Charakteryzował się szerokimi uprawnieniami władzy wykonawczej przy zachowaniu, przynajmniej *de lege lata*, szerokich swobód i praw obywatelskich.

Jednak międzywojenny Gdańsk stanowi przedmiot badań wart

1 D. Malec, W. Uruszczak, *Krakowskie studia z historii państwa i prawa*, T. 2, Kraków 2008, s. 201.

uwagi nie tylko ze względu na okoliczności powstania ustroju Wolnego Miasta, ale przede wszystkim ze względu na dostrzegalną różnicę między stanem prawnym a faktycznym funkcjonowaniem Wolnego Miasta.

Łamanie przez gdańskie władze Konstytucji Wolnego Miasta, prowokacje mające na celu osłabienie władzy polskiego rządu oraz Wysokiego Komisarza Ligi Narodów w Gdańsku, stanowiły regularną praktykę – głównie poprzez naruszanie norm konstytucyjnych w drodze nieformalnych decyzji bądź aktów niższego rzędu.

Oprócz przykładów omijania bądź wprost łamania prawa przez miejscowe władze, warte uwagi jest zjawisko tzw. faktycznego anchlussu czyli działań władz III Rzeszy (wcześniej Republiki Weimarskiej) prowadzących do faktycznego zespolenia politycznego Gdańska z resztą Niemiec, z pomijaniem kontroli i zgody społeczności międzynarodowej. Te działania rządu niemieckiego, mające na celu rewizję granic w stosunku do postanowień Traktatu wersalskiego, doprowadziły ostatecznie do wybuchu II wojny światowej i włączenia obszaru Wolnego Miasta Gdańska do III Rzeszy.

2. Okoliczności powstania Wolnego Miasta Gdańska

W obliczu zbliżającego się końca I wojny światowej, wśród elit politycznych mocarstw sprzymierzonych zaczęły wykuwać się koncepcje dotyczące nowego podziału granic i wpływów w Europie. Miały one zostać ostatecznie rozstrzygnięte na Konferencji pokojowej w Paryżu, rozpoczynającej się w dniu 18 I 1919 r. Sprawa Gdańska stała się punktem starcia interesów mocarstw europejskich, Stanów Zjednoczonych oraz odradzającej się Polski.

Polscy przywódcy zdawali sobie sprawę, że dostęp Wolnej Polski do morza jest niezbędnym warunkiem niezależności

przyszłego państwa². Z tego powodu Ignacy Jan Paderewski oraz Roman Dmowski rozpoczęli szeroko zakrojoną akcję, mającą na celu przekonanie środowisk zachodnich, że Polska powinna uzyskać dostęp do Bałtyku wraz z Gdańskiem i portem znajdującym się przy ujściu największej polskiej rzeki. W listopadzie 1916 r. doszło do spotkania Paderewskiego z prezydentem USA Woodrowem Wilsonem. Natomiast w marcu 1917 r. Roman Dmowski przedłożył Arthurowi J. Balfourowi, ministrowi spraw zagranicznych Wielkiej Brytanii, memorandum, w którym domagał się Gdańska i dostępu do morza dla odrodzonej Polski³.

Jednocześnie na międzynarodową opinię publiczną nacisk wywierały organizacje polonijne: odezwa Związków Polaków w Ameryce (20 IX 1917 r., Chicago) oraz memoriał w sprawie niepodległości Polski (13 XI 1917 r.)⁴.

Pierwszym znaczącym efektem tych działań było uwzględnienie polskich postulatów przez prezydenta Wilsona w trakcie słynnego przemówienia w Kongresie USA w dniu 8 I 1918 r., w którym został przez niego przedstawiony 14-punktowy program pokojowy. Trzynasty punkt dotyczył Polski: „Należy stworzyć niepodległe Państwo Polskie, które obejmowałoby obszary zamieszkałe przez ludność niewątpliwie polską, które miałyby zapewniony wolny i bezpieczny dostęp do morza i którego polityczna i gospodarcza niepodległość oraz całość terytorium byłyby zagwarantowane przez umowę międzynarodową”⁵. Należy jednak pochylić się nad problemem, na który zwraca uwagę Józef Wójcicki – otóż Wilson użył w tym przemówieniu słowa *should* w punkcie dotyczącym dostępu do morza, a nie jak w przypadku innych postulatów dotyczących warunków pokoju, w których używał określenia *must*. W późniejszym okresie delegacja

2 H. Strasburger, *Sprawa Gdańska*, Warszawa 1937, s. 5.

3 J. Wójcicki, *Wolne Miasto Gdańsk 1920–1939*, Warszawa 1976, s. 14.

4 *Ibid.*, s. 15 i nast.

5 J. Makowski, *Prawno-państwowe położenie Wolnego Miasta Gdańska*, Warszawa 1923, s. 5.

amerykańska na Konferencji pokojowej przyjęła, że tam gdzie użyto określenia *must*, Stany Zjednoczone będą traktowały taki postulat jako niezbędny (przykład niepodległej Belgii), natomiast przy określeniu *should* będą jedynie nalegać⁶. Po tym wydarzeniu również polscy przedstawiciele zaczęli intensyfikować swoje działania. Stąd wspólna wizyta Dmowskiego i Paderewskiego w dniu 13 IX 1918 r. u prezydenta Wilsona, w którym dostrzegli sojusznika sprawy polskiej⁷.

Sprawa dostępu Polski do Bałtyku oraz status międzynarodowy Gdańsk stał się źródłem napięć między głównymi mocarstwami. Wielka Brytania dążyła do osłabienia wpływów francuskich, w imię zasady *balance of power*, czyli niedopuszczenia, aby na kontynencie jedno z państw stało się hegemonem. Francuzi z kolei wspierali dążenia Polski w sprawie Gdańsk, ponieważ uznali Polskę po rewolucji w Rosji za najpoważniejszego partnera na wschodzie. Dodatkowo Wielka Brytania liczyła na to, że zneutralizowany Gdańsk umożliwi Brytyjczykom zdominowanie basenu Morza Bałtyckiego⁸. Naturalną konsekwencją takiego rozkładu interesów było popieranie przez Wielką Brytanię Niemiec, którzy świadomi konieczności oddania sporej części swojego terytorium, dążyli chociaż do neutralizacji, umiędzynarodowienia i uczynienia Gdańsk Wolnym Miastem.

Podobno w październiku 1918 r. rząd niemiecki otrzymał poufną informację od swojego posła w Bernie, że kupcy gdańscy mieli zwrócić się do polskiego rządu z prośbą o przyłączenia Gdańsk do Polski, gdyż wiązali z Polską lepszą przyszłość⁹. Nie trzeba szczególnie przekonywać, że zarówno dla Niemiec, jak i dla Polski Gdańsk miał kluczowe znaczenie. Znajdował się u ujścia Wisły, a wraz z tzw. polskim korytarzem oddzielał Republikę

6 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 19.

7 *Ibid.*, s. 21.

8 P. Mickiewicz, *Wolne Miasto Gdańsk w koncepcjach wojskowych i polityce II Rzeczypospolitej*, Toruń 1999, s. 15.

9 S. Askenazy, *Gdańsk a Polska*, Toruń 2001, s. 155.

Weimarską od Prus Wschodnich¹⁰. Pomorze Gdańskie wraz z gdańskim portem, zlokalizowane między Polską i Niemcami na strategicznych szlakach handlowych północ-południe oraz wschód-zachód, od wieków stanowiło obszar walki militarnej oraz gospodarczej o wpływy narodu polskiego i niemieckiego¹¹. Jednak głównym argumentem przeciw bezwarunkowemu przyznaniu Polsce Gdańska był skład etniczny tego obszaru. Zarówno statystyki niemieckie jak i późniejsze polskie, już z okresu Wolnego Miasta, wskazywały, że ludność Polska na tym obszarze nie przekracza 10%¹².

Uczestnicy Konferencji pokojowej w Paryżu zdecydowali o utworzeniu Komisji Do Spraw Polskich (ukonstytuowanej 12 II 1919 r.), z Julesem Cambonem jako przewodniczącym, odpowiedzialnej za sporządzenie raportu dotyczącego przyszłych granic RP¹³. W dniu 12 III 1919 r. Komisja przedstawiła swój raport Radzie Najwyższej (Rada Dziesięciu, złożona z przedstawicieli: premiera i ministra spraw zagranicznych oraz 5 głównych mocarstw). W Radzie Najwyższej do podejmowania decyzji konieczna była jednomyślność. Jednak gdy 19 III 1919 r. Rada przystąpiła do rozpatrywania raportu Komisji do Spraw Polskich, została sparaliżowana przez zdecydowany sprzeciw premiera Wielkiej Brytanii Davida Lloyd Georgea. Nie chciał on zgodzić się na wniosek Komisji, aby Gdańsk znalazł się w granicach Rzeczypospolitej¹⁴. Stanowisko Lloyd Georgea było o tyle zaskakujące, że nawet przedstawiciele Wielkiej Brytanii w Komisji do spraw Polski głosowali jednomyślnie za wspomnianym projektem¹⁵. Sprawę Gdańska odesłano do ponownego rozpoznania przez Komisję, która 20 III 1919 r. jednomyślnie podtrzymała

10 S. Mikos, *Działalność Komisariatu Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej w Wolnym Mieście Gdańsku*

1920–1939, Warszawa 1971, s. 24.

11 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 20.

12 T. Kijeński, *Ilustracja Polaków jest na terenie Wolnego Miasta Gdańska*, Gdańsk 1929, s. 3, 10.

13 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 38.

14 *Ibid.*, s. 39.

15 *Ibid.*, s. 40.

swoje stanowisko¹⁶. Jednak konsekwentny sprzeciw Lloyd'a Georga doprowadził ostatecznie do tego, że zarówno w projektach Traktatu wersalskiego, jak i w ostatecznym tekście zrealizowana została koncepcja pozostawienia Gdańska poza granicami Polski i utworzenia wraz z okolicznymi obszarami Wolnego Miasta Gdańska¹⁷.

Traktat wersalski (podpisany 28 VI 1919 r., wszedł w życie z dniem 10 I 1920 r.) stanowił, że Niemcy zrzekną się na rzecz Głównych Mocarstw Sprzymierzonych i Stowarzyszonych wszystkich praw i tytułów do terytorium, na którym w przyszłości miało powstać Wolne Miasto Gdańsk¹⁸. Natomiast mocarstwa zobowiązały się, że na obszarze miasta Gdańska oraz przynależnym terytorium utworzone zostanie wolne miasto pod ochroną Ligi Narodów¹⁹.

Zgodnie z dyspozycją art. 100 Traktatu wersalskiego oraz w wyniku prac Komisji, w skład której wchodził: po jednym przedstawicielu Niemiec, Polski oraz Wysoki Komisarz Ligi Narodów, wyznaczono granice Wolnego Miasta Gdańska. Obejmowało ono terytorium o powierzchni 1892 km² oraz sprawowało władzę nad 356 740 mieszkańcami (według danych z 1919 r.). Cały obszar podzielono na powiaty miejskie (Gdańsk i Sopot) oraz 3 powiaty wiejskie: Gdańskie Wyżyny (Danziger Höhe), Gdańskie Niziny (Danziger Niederung) i Wielkie Żuławy (Grosses Werder). W obrębie Wolnego Miasta Gdańska znalazły się 252 wsie i 63 wioski oraz 4 miasta, poza wspomnianymi wyżej – Nowy Staw i Nowy Dwór Gdański²⁰.

3. Proces konstituowania Wolnego Miasta

Do momentu wejścia w życie Traktatu wersalskiego zwierzchnictwo nad Gdańskiem sprawowało państwo niemieckie.

16 *Ibid.*, s.42.

17 *Ibid.*, s.49.

18 Art. 100 Traktatu wersalskiego z dn. 28 VI 1919 r., Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

19 Art. 102 Traktatu wersalskiego z dn. 28 VI 1919 r., Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

20 S. Mikos, *op. cit.*, s. 35.

Mocarstwa Sprzymierzone i Stowarzyszone w dniu 10 II 1920 r. przejęły władzę nad Wolnym Miastem, która była sprawowana za pośrednictwem pełnomocnika Ligi Narodów, Wysokiego Komisarza urzędującego w Gdańsku. Już 11 II 1920 r. stanowisko to objął Reginald Tower, natomiast dwa dni później Rada Ligi Narodów podała mu zakres jego uprawnień i obowiązków. Wysoki Komisarz do momentu ukonstytuowania się Wolnego Miasta miał m.in. opracować ordynację wyborczą, obowiązującą podczas wyborów do Gdańskiej konstytuanty, które miał przeprowadzić. Jego zadaniem była również współpraca z tak wybranym zgromadzeniem przy opracowaniu Konstytucji Wolnego Miasta, która zgodnie z art. 102 Traktatu wersalskiego miała znaleźć się pod gwarancją Ligi Narodów²¹.

Do chwili ukonstytuowania się Wolnego Miasta oraz wybranych przez jego mieszkańców władz, konieczne było utworzenie organu, który panował by nad porządkiem w mieście. Z tego powodu Wysoki Komisarz w dniu 5 III 1920 r. powołał tymczasowy organ pomocniczy o charakterze administracyjnym, sądowym, a także ustawodawczym: Radę Państwa (Staatsrat). Rada pierwsze swoje posiedzenie odbyła już 10 III 1920 r. Po przekazaniu części uprawnień Wysokiego Komisarza, Rada Państwa upoważniona była do: wydawania rozporządzeń z mocą ustawy, pełnienia władzy administracyjnej w imieniu Wysokiego Komisarza, zaciągania pożyczek oraz rozstrzygania sporów między organami administracyjnymi. Rada Państwa przedkładała podjęte uchwały do zatwierdzenia Wysokiemu Komisarzowi, niekiedy jednak wymagana była uprzednia zgoda Komisarza. Rada, w zależności od składu, w którym obradowała, pełniła bądź funkcje organu wykonawczego, bądź ustawodawczego²².

Dwoma aktami prawnymi niezbędnymi, zgodnie z Traktatem wersalskim, dla ukonstytuowania się Wolnego Miasta były: Konstytucja opracowana przez przedstawicieli Gdańska z Wysokim

21 *Ibid.*, s. 41.

22 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 104-106.

Komisarzem oraz Konwencja między rządem polskim a Wolnym Miastem. Konwencja miała zacząć obowiązywać jednocześnie z ustanowieniem Wolnego Miasta²³.

W związku z koniecznością ustalenia tekstu konstytucji, 16 V 1920 r. odbyły się wybory do Zgromadzenia Konstytucyjnego Wolnego Miasta Gdańska (Die Verfassunggebende Versammlung) – pierwsze posiedzenie odbyło się 14 VI 1920 r.²⁴ Na skutek Rozporządzenia Rady Państwa z 31 V 1920 r. Zgromadzenie Konstytucyjne zostało uprawnione do opracowania projektu konstytucji oraz konwencji między Rządem Polski a Wolnym Miastem Gdańsk.

Zgromadzenie Konstytucyjne powołało komisję i podkomisję odpowiedzialne za opracowanie projektu konstytucji, który przedstawiono już 27 VI 1920 r. Został on przegłosowany przez konstytuante 11 VII 1920 r. w stosunku głosów 68 do 44. Od tej daty Konstytucja Wolnego Miasta obowiązywała prowizorycznie²⁵. Zgodnie z Traktatem wersalskim (art. 103), konstytucja znajdowała się pod gwarancją Ligi Narodów i musiała być opracowana w porozumieniu z Wysokim Komisarzem. Dlatego Rada Ligi Narodów zażądała, za pośrednictwem Wysokiego Komisarza, od władz Wolnego Miasta zmiany niektórych przepisów konstytucji. Zmiany miały polegać m.in. na: usunięciu z konstytucji sformułowania określającego Gdańsk mianem miasta hanzeatyckiego, ujęciu w jednym artykule przepisów określających gwarancje prawa do używania języka polskiego oraz artykułu określającego język niemiecki jako urzędowy, dokonania redakcji w przepisach dotyczących reprezentowania Gdańska przez jego władze na zewnątrz, tak aby nie naruszało to praw Polski do prowadzenia spraw zagranicznych Gdańska, dodaniu przepisu mówiącego o tym, że do zmiany konstytucji konieczne jest wcześniejsze podanie tego do wiadomości Lidze Narodów, jak

23 Art. 103–104 Traktatu wersalskiego z dn. 28 VI 1919 r., Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

24 S. Kutrzeba, *Gdańsk – Górny Śląsk*, Warszawa 1923, s. 10.

25 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 79-82.

również dodanie przepisów uniemożliwiających tworzenie w Gdańsku baz wojsk lądowych i floty. Władze Gdańska dokonały stosownych zmian w konstytucji w dniu 9 XII 1920 r., a także 17 V 1921 r., później dokonano zmian w dniu 4 IV 1922 r. Po wyrażeniu aprobaty przez Wysokiego Komisarza Ligi Narodów, ostateczny tekst konstytucji został na nowo wydrukowany zgodnie z ostateczną redakcją w dniu 14 VI 1922 r.²⁶

Kluczowym dokumentem dla powstania Wolnego Miasta Gdańska, obok jego konstytucji i Traktatu wersalskiego, była również tzw. Konwencja paryska, zawarta między Rządem Polskim a władzami Gdańska. Miała ona swoją podstawę w art. 104 Traktatu wersalskiego, przewidującego zawarcie umowy, która szczegółowo określi prawa Polski związane z Wolnym Miastem, w szczególności: prowadzenie spraw zagranicznych Gdańska oraz ochronę jego obywateli za granicą przez rząd RP, ochronę mniejszości polskiej w Gdańsku, włączenie Wolnego Miasta do polskiego obszaru celnego oraz szeroko ujęte prawa Polski do korzystania z Portu Gdańskiego, dróg wodnych, doków, basenów, a także zarządu kolejami²⁷.

Zawarcie Konwencji paryskiej nie obyło się bez prób pomniejszenia roli państwa polskiego i ograniczenia jego wpływów w Gdańsku. Ostateczny tekst konwencji był mniej korzystny dla Polski pod względem uprawnień, aniżeli przepisy Traktatu wersalskiego. W wyniku nacisków mocarstw zachodnich oraz wykorzystania krytycznej sytuacji Polski, w związku z toczącą się wojną z Rosją, na Konferencji w Spa (5–16 VII 1920 r.) uszczuplono prawa Polski do Portu Gdańskiego. Nie miał on być, jak przewidywał to Traktat wersalski, w pełni zarządzany przez Polskę, ale przez Radę Portu i Dróg Wodnych w Gdańsku. Rada składała się zarówno z delegatów polskich, jak i gdańskich. Polska ostatecznie zgodziła się na takie ustępstwo 19 VIII 1920 r. w

26 S. Kutrzeba, *Gdańsk – Górny...*, s.10-13.

27 Art. 104 Traktatu wersalskiego z dn. 28 VI 1919 r., Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

zamiań za pomoc państw zachodnich w wojnie polsko-rosyjskiej²⁸.

Ostateczny projekt konwencji został zaakceptowany przez Konferencję Ambasadorów w dniu 28 X 1920 r. Konwencja została podpisana przez przedstawicieli gdańskich 9 XI 1920 r., natomiast Ignacy Paderewski podpisał ją 18 XI 1920 r., choć na dokumencie widniała data, w której podpisały ją władze gdańskie. Umowa weszła w życie z dniem 15 XI 1920 r.²⁹ Tego dnia weszła w życie również decyzja Rady Ambasadorów o utworzeniu Wolnego Miasta z dnia 27 X 1920 r.³⁰ Do oficjalnego ogłoszenia ukonstytuowania się Wolnego Miasta doszło podczas posiedzenia Zgromadzenia Konstytucyjnego, aktu tego dokonał zastępca Wysokiego Komisarza Ligi Narodów w Gdańsku płk Edward L. Strutt³¹.

6 XII 1920 r. Zgromadzenie Konstytucyjne przekształciło się na mocy własnej uchwały w Zgromadzenie Ludowe (Volkstag) czyli organ ustawodawczy Wolnego Miasta Gdańska³².

4. Status międzynarodowy Wolnego Miasta Gdańska

Już w dwudziestoleciu międzywojennym, wśród przedstawicieli ówczesnej doktryny prawniczej, rozgorzała interesująca dyskusja dotycząca charakteru i statusu międzynarodowego Wolnego Miasta Gdańska. Główną osią sporu była kwestia, czy Wolne Miasto Gdańsk jest państwem, a jeśli tak to czy jest państwem suwerennym, albo może jest podmiotem o innym charakterze. Problem z określeniem statusu Wolnego Miasta dobrze odzwierciedla zdanie Stanisława Kutrzeby: „z trudem urodziło się to Wolne Miasto, któremu nawet charakteru zależnego państewka zaprzeczają, także niepodobne do żadnego innego organizmu społeczno-politycznego, jakie znają dzieje”³³.

28 S. Mikos, *op. cit.*, s. 43-44.

29 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 69.

30 E. Cichy, *Faszyzm w Gdańsku*, Toruń 2002, s. 9.

31 S. Mikos, *op. cit.*, s. 49.

32 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 84.

33 S. Kutrzeba, *Gdańsk: przeszłość i teraźniejszość*, Lwów 1928, s. 189.

Dodatkowych problemów w określeniu charakteru Gdańska nastręczał fakt, że nie tylko Wolne Miasto było nowatorskim rozwiązaniem sposobu władania nad określonym obszarem i ludnością, ale sama Liga Narodów, która dawała zgodnie z Traktatem wersalskim (art. 102) ochronę Gdańskowi, była nowym typem organizacji międzynarodowej³⁴.

Stanisław Kutrzeba wskazywał, że status Wolnego Miasta podobny był do statusu obszarów podlegających pod system mandatowy Ligi Narodów³⁵. Zwracał on również uwagę na fakt, że między Ligą Narodów a Gdańskiem panowała relacja protekcji. Niemniej jednak był on przeciwnikiem określania statusu Gdańska mianem protektoratu, ponieważ protektorat powstaje wtedy, gdy mamy do czynienia z dwoma suwerennymi państwami i jedno z nich dobrowolnie oddaje się pod protekcję drugiego. Natomiast w tej sytuacji nie można mówić o suwerenności Wolnego Miasta, gdyż nie było ono stroną aktu prawnego, który je utworzył (Traktatu wersalskiego). Powstało ono w wyniku porozumienia Sprzymierzonych Mocarstw. Dodatkowo na brak suwerenności może wskazywać fakt, że Gdańsk nie mógł dokonać zmiany konstytucji bez zgody Ligi Narodów³⁶.

Z kolei Julian Makowski uznawał, że Gdańsk nie tylko nie jest suwerenny, ale również nie jest państwem³⁷. Twierdził on, że Wolne Miasto nie jest podmiotem w stosunkach międzynarodowych – to Polska rozciąga swoją suwerenność nad jego obszarem, natomiast Liga Narodów jest opiekunem i gwarantem Gdańska³⁸. Przy czym rozumiał on suwerenność jako: „prawo do samookreślenia się i prawo do niedopuszczania obcej ingerencji w swoje sprawy wewnętrzne”³⁹. J. Makowski również dostrzegał podobieństwo do instytucji mandatów Ligi Narodów, jednak podkreślał, że jest to instytucja szczególna, przy której

34 *Idem*, *Gdańsk – Górny...*, s. 21.

35 *Idem*, *Gdańsk: przeszłość...*, s. 220.

36 *Ibid.*, s. 269-270.

37 J. Makowski, *Prawno...*, s. 37.

38 *Ibid.*, s. 37, 40-41.

39 *Ibid.*, s. 34.

konieczne jest wyraźne objęcie nią danego obszaru. Natomiast w przypadku Gdańska skłaniał się raczej w stronę zdania, że był to tzw. protektorat administracyjny – podobny do protektoratu z tym, że ten drugi zachodzi pomiędzy dwoma suwerennymi państwami: „Wolne Miasto Gdańsk jest autonomiczną korporacją terytorialną, na którą Polska rozciąga swą suwerenność, i która jest z nią złączona tak zwanym niezupełnie trafnie protektoratem administracyjnym”. Opowiadał się za tym, aby do charakteryzowania Gdańska używać określenia autonomii prowincjonalnej, a nie samodzielności państwowej⁴⁰.

Podobne stanowisko reprezentował Ludwik Ehrlich, który podkreślał brak państwowości Gdańska oraz brak jego podmiotowości w świetle prawa międzynarodowego. Wolne Miasto nie prowadziło samodzielnie swoich spraw zagranicznych, a zajmował się nimi Rząd Polski. Podkreślał on również, że Gdańsk nie podlegał suwerenności żadnego innego podmiotu prawa międzynarodowego, a prowadzenie spraw zagranicznych Gdańska przez Polskę stanowiło element zobowiązania wobec innych stron Traktatu wersalskiego⁴¹.

Henryk Strasburger również odmawiał Gdańskowi statusu państwa, powołując się na fakt, że Wolne Miasto nie było stroną Traktatu wersalskiego. Dopuszczał jednak on możliwość, że Gdańsk był *sui generis* politycznym podmiotem poddanym kontroli prawa międzynarodowego⁴².

Argumentem przemawiającym za państwowym charakterem Gdańska może być praktyka Międzynarodowego Trybunału w Hadze, zajmującego się sprawami międzypaństwowymi. Rozpatrywał on również sprawy dotyczące Wolnego Miasta Gdańska i wpisał go na listę państw⁴³.

Uregulowania ujęte w Traktacie wersalskim, Konstytucji

40 *Ibid.*, s. 64.

41 L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 590-591.

42 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 49-51, 53.

43 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 116.

Wolnego Miasta Gdańska oraz w umowach z polskim rządem, w szczególności Konwencji paryskiej, wykluczają suwerenny charakter Wolnego Miasta. Otwartą do rozstrzygnięcia pozostaje natomiast kwestia, czy Gdańsk stanowił państwo, czy też inny podmiot prawa międzynarodowego. Trzeba podkreślić, że przedwojenna doktryna zmuszona była przyjmować, z uwagi na polską rację stanu, postawę wykluczającą państwowość Gdańska. Należy jednak zauważyć, że Wolne Miasto Gdańsk stanowiło szczególne rozwiązanie ustrojowe, nieznane ówczesnej doktrynie, dlatego też najlepszą metodą przedstawienia jego charakteru jest analiza relacji Gdańska z Rzeczpospolitą oraz organami Ligi Narodów.

4.1. Relacje Wolnego Miasta Gdańska z Ligą Narodów

Status prawny Wolnego Miasta i jego sytuację międzynarodową kształtowały przede wszystkim zapisy: Traktatu wersalskiego, jego konstytucji i umów zawartych z Rządem Polskim: Konwencji paryskiej, Konwencji warszawskiej z 24 X 1921 r., oraz szereg innych umów (w sumie blisko 170)⁴⁴.

Określenie podstawowych relacji między Gdańskiem a Ligą Narodów ujęte było już w Traktacie wersalskim. Oprócz wspomnianych wcześniej przepisów, które ustanawiały ochronę Ligi Narodów nad Gdańskiem (art. 102) i wprowadzały gwarancje Ligi nad Konstytucją Wolnego Miasta (art. 103), Traktat wersalski wyznaczał Gdańsk jako siedzibę Wysokiego Komisarza. Czynił go kompetentnym do rozstrzygania sporów w pierwszej instancji we wszystkich sporach między Polską a Gdańskiem, które wynikały z postanowień Traktatu wersalskiego lub porozumień i układów dodatkowych⁴⁵. Urząd Wysokiego Komisarza został ustanowiony tylko ze względu na sprawy Wolnego Miasta, był on mandatariuszem Ligi Narodów, miał bronić interesów Gdańska i

44 E. Cichy, *op. cit.*, s. 9.

45 Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

Ligi Narodów w Wolnym Mieście. Na jego rozjemczą rolę wskazuje również Konwencja paryska, rozwijając treść art. 103 zd. 2 Traktatu Wersalskiego: „Każdy spór, któryby powstał między Polską a Wolnym Miastem w przedmiocie niniejszego Traktatu lub wszelkich innych późniejszych umów, układów i konwencji, albo wszystkich spraw, dotyczących stosunków pomiędzy Polską a Wolnym Miastem, będzie oddany przez jedną lub drugą stronę do decyzji Wysokiego Komisarza, który jeśli to uzna za potrzebne, odeśle sprawę do Rady Ligi Narodów. Obu stronom przysługuje prawo odwołania się do Rady Ligi Narodów”⁴⁶. Tym samym Rada Ligi została ustanowiona organem drugiej instancji w sporach polsko-gdańskich⁴⁷.

Łącznie do 1933 roku Wysoki Komisarz bądź Rada Ligi rozpatrzyli 106 spornych spraw między Polską a Gdańskiem⁴⁸. Oprócz tego Wysoki Komisarz, zgodnie z art. 6 Konwencji paryskiej, uzyskał prawo weta w stosunku do umów międzynarodowych zawartych przez Polskę w imieniu Wolnego Miasta, jeśli Rada Ligi Narodów uznałaby je za sprzeczne z postanowieniami konwencji bądź Statutu Wolnego Miasta⁴⁹. Z tego względu Liga Narodów była kompetentna do badania legalności umów co do ważności ich zawarcia oraz co do poszczególnych zapisów⁵⁰.

Niektórzy autorzy (J. Makowski) twierdzili natomiast, że rozstrzygnięcia Rady i Wysokiego Komisarza nie miały wiążącego charakteru, ale były to raczej propozycje jak w przypadku mediacji. J. Makowski wywodził taką tezę z faktu, że Liga Narodów nie była ani państwem ani związkiem państw, a jedynie organem społeczności międzynarodowej. W związku z tym należałoby jej odmówić przymiotu suwerenności. Liga była natomiast opiekunem

46 Art. 39 Konwencji między Polską a Wolnym Miastem Gdańskiem z 9 XI 1920 r., Dz.U. 1922, Nr 13, poz. 117.

47 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 36.

48 E. Cichy, *op. cit.*, s. 14.

49 Art. 6 Konwencji między Polską a Wolnym Miastem Gdańskiem z 9 XI 1920 r., Dz.U. 1922, Nr 13, poz. 117.

50 S. Kutrzeba, *Gdańsk – Górny...*, s. 38.

praw ludności Wolnego Miasta i jej statusu prawnego, stąd konieczna była zgoda Ligi na zmianę gdańskiej konstytucji⁵¹.

Silną pozycję Wysokiego Komisarza w Gdańsku kształtował również obowiązek pisania okresowych raportów do Rady Ligi Narodów, dotyczących wewnętrznej sytuacji w Wolnym Mieście, jak również prawo do przyjmowania petycji i skarg od obywateli Gdańskich. Ważnym elementem kontroli było uprawnienie do żądania wyjaśnień, składanych przez organ wykonawczy Wolnego Miasta (Senat)⁵².

Komisarz był także organem o ważkim znaczeniu przy kształtowaniu zwyczajów dyplomatycznych w Gdańsku. Obok Senatu Gdańskiego i Komisarza Generalnego RP, był istotnym elementem wypracowanego protokołu przyjmowania wizyt flot zagranicznych⁵³. Miał również prawo żądania od polskiego rządu wprowadzenia swoich wojsk na terytorium Wolnego Miasta w przypadku, gdy niemożliwe było utrzymanie porządku w mieście przez lokalne służby porządkowe⁵⁴.

4.2. Relacje Wolnego Miasta Gdańska z Polską

Relacja zależności między Gdańskiem a Polską została ukształtowana przede wszystkim w Konwencji paryskiej z 9 XI 1920 r. oraz Konwencji warszawskiej z 24 X 1921 r., zawartych na podstawie art. 104 Traktatu wersalskiego.

Rząd RP był upoważniony do prowadzenia spraw zagranicznych Wolnego Miasta, zawierania umów międzynarodowych dotyczących interesów Gdańska, a także ochrony obywateli gdańskich za granicą (art. 104 ust. 6 Traktatu wersalskiego, art. 2 Konwencji paryskiej). Polska mogła zawrzeć w całości umowę w imieniu Gdańska bądź – zawierając umowę w imieniu RP – dołączyć klauzulę, która rozciągała obowiązywanie

51 J. Makowski, *Prawno...*, s. 29-30, 65-67, 69-71.

52 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 53, 85.

53 *Ibid.*, s. 24.

54 *Ibid.*, s. 84.

na terytorium Wolnego Miasta⁵⁵.

Podczas zawierania umów międzynarodowych stroną było Wolne Miasto, jednak umowy były zawierane przez Polskę, za wyjątkiem porozumień między Gdańskiem a Polską⁵⁶. Niemniej jednak Polska nie zawsze była zobowiązana do zawierania umów w imieniu Gdańska. Zgodnie z decyzją Wysokiego Komisarza z 17 XII 1921 r., Polska była zwolniona z tego obowiązku w sytuacji, gdy podpisanie umowy w imieniu Wolnego Miasta wyraźnie godziłoby w interesy Rzeczypospolitej. Jednocześnie Polska nie miała prawa skłaniać władz gdańskich do zawarcia umowy międzynarodowej, która byłaby niekorzystna dla Wolnego Miasta⁵⁷.

Osobnym problemem okazała się kwestia reprezentowania Gdańska na konferencjach międzynarodowych, która pozostawała w ścisłym związku z prawem do prowadzenia spraw zagranicznych przez Polskę⁵⁸. Problem ten ponownie rozstrzygnęła decyzja Wysokiego Komisarza z 24 VIII 1922 r. Postanowił on, że Wolne Miasto nie ma prawa do osobnego przedstawiciela i głosu na konferencjach międzynarodowych, ale miało ono prawo do wystawienia jednego albo kilku delegatów uprawnionych do brania udziału w dyskusjach dotyczących gospodarczego dobrobytu i rozwoju Wolnego Miasta. Jednak tacy delegaci mogli działać jedynie za wiedzą i zgodą polskich przedstawicieli. W efekcie tych postanowień Polska i Gdańsk tworzyły dwie delegacje, ale przewodniczący polskiej delegacji przewodniczył jednocześnie delegacji Wolnego Miasta⁵⁹.

Oficjalnym przedstawicielem Rządu RP w Gdańsku, po wejściu w życie Traktatu wersalskiego i wydaniu instrukcji służbowej w dniu 10 I 1920 r., był Komisarz Generalny RP, który pierwotnie urzędował w hotelu Danziger Hof. Oprócz tego w

55 J. Makowski, *Prawno...*, s. 26.

56 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 49.

57 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 116.

58 J. Taylor, *Wolne Miasto Gdańsk, jego udział w konferencjach międzynarodowych*, Warszawa 1934, s. 5.

59 *Ibid.*, s. 8-9.

Gdańsku urzędowali przedstawiciele poszczególnych polskich ministerstw (Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Ministerstwo Aproprowizacji, Ministerstwo Spraw Wojskowych, Ministerstwo Skarbu, Ministerstwo Przemysłu i Handlu), którzy tym ministerstwom podlegali służbowo. Jednak wszelkie sprawy załatwiane na terenie Wolnego Miasta musiały być konsultowane z Komisarzem Generalnym RP lub realizowane za jego pośrednictwem⁶⁰. Komisarz Generalny w imieniu Rządu RP odpowiedzialny był za relacje z władzami gdańskimi, a także z Wysokim Komisarzem Ligi Narodów⁶¹. Trzeba podkreślić, że Wolne Miasto nie miało analogicznego przedstawiciela w Warszawie, a wszelkie sprawy kierowało do Rządu RP za pośrednictwem Komisarza Generalnego. Ten brak bilateralności relacji również stanowi ważny argument podważający państwowy charakter Gdańska⁶².

Polskie placówki dyplomatyczne, w związku z ochroną obywateli gdańskich, reprezentowały interesy Wolnego Miasta za granicą. Dodatkowo, w ramach służby dyplomatycznej pełnionej przez państwo polskie, została wyrażona zgoda na prowadzenie blisko 35 placówek dyplomatycznych na terenie Gdańska przez inne państwa, z którymi Gdańsk prowadził szczególnie zacieśnione kontakty gospodarcze⁶³. Polska zajmowała się również odpowiedzią na noty dyplomatyczne dotyczące Gdańska, natomiast Prezydent RP udzielał konsulom zagranicznym w Gdańsku *exequatur*⁶⁴.

Od 1 I 1922 r. Polska i Wolne Miasto Gdańsk stanowiły wspólny obszar celny, a nie – jak twierdzili niektórzy autorzy w dwudziestoleciu międzywojennym – unię celną. Z taką mielibyśmy do czynienia przy dwóch suwerennych państwach⁶⁵. Niemniej jednak Wolne Miasto, po praktycznym zniesieniu granicy celnej w

60 S. Mikos, *op. cit.*, s. 79-80.

61 J. Makowski, *Prawno...*, s. 21.

62 S. Kutrzeba, *Gdańsk – Górn...*, s. 73.

63 E. Cichy, *op. cit.*, s. 9.

64 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 24.

65 J. Makowski, *Prawno...*, s. 27.

dniu 1 IV 1922 r., utrzymało własną administrację celną⁶⁶. Kwestia włączenia i funkcjonowania Gdańska w polskim obszarze celnym regulowała umowa polsko-gdańska z 22 IV 1920 r. i jej późniejsze rozszerzenia z 1923 i 1934 r.⁶⁷

Mówiąc o polskich uprawnieniach, nie można zapomnieć o prawie do zarządu Portem Gdańskim, wspólnie z Wolnym Miastem. Polska uzyskała je po wejściu w życie postanowień Konwencji paryskiej (art. 19–29), na mocy której powołana została Rada Portu i Dróg Wodnych w Gdańsku⁶⁸. Było to ograniczenie w stosunku do praw przyznanych Polsce na mocy Traktatu wersalskiego, który w art. 104 ust. 2 stanowił, że Wolne Miasto: „zapewni Polsce bez żadnych zastrzeżeń swobodne używanie i korzystanie z dróg wodnych (...) na terytorium Wolnego Miasta, koniecznych dla wwozu i wywozu z Polski”⁶⁹.

Rada Portu składała się z przedstawicieli Polski i Wolnego Miasta w równej liczbie z tym, że w żadnej ze stron liczba członków nie mogła przekroczyć pięciu. Prezydent Rady Portu miał być wybierany zgodnie przez polski rząd i rząd Wolnego Miasta, natomiast w przypadku braku zgody Rada Ligi Narodów na wniosek Wysokiego Komisarza na prezydenta Rady Portu wybierała obywatela Szwajcarii⁷⁰.

Do zadań Rady Portu należało zgodnie z art. 20 Konwencji paryskiej przede wszystkim: kontrola i zarząd eksploatacji portu, dróg wodnych i ogółu dróg żelaznych, które obsługiwały port, a także zarząd zakładami obsługującymi drogi żelazne. Oprócz tego Rada Portu pobierała wszystkie opłaty pochodzące z administracji portu, dróg wodnych i dróg żelaznych (art. 23), a także była zobowiązana do zapewnienia Polsce swobodnego używania portu i

66 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 121.

67 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 36-37.

68 S. Mikos, *op. cit.*, s. 48.

69 Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

70 Art.19 Konwencji między Polską a Wolnem Miastem Gdańskim z 9 XI 1920 r., Dz.U. 1922, Nr 13, poz. 117.

jego infrastruktury (art. 26)⁷¹.

Prócz wyżej wymienionych praw, 31 X 1925 r. Polsce został oddany pod zarząd półwysep Westerplatte jako skład materiałów wojskowych. Polska mogła tam utrzymywać załogę wojskową z uzbrojeniem i w umundurowaniu w liczbie 88⁷².

Obok poczty Wolnego Miasta funkcjonowała również Poczta Polska, mająca na celu przede wszystkim prowadzenie komunikacji pocztowej między Polską i portem⁷³. Poza tym Polska otrzymała uprawnienia dotyczące szeroko pojętej komunikacji z Portem Gdańskim, to znaczy również prawo łączenia się drogą telefoniczną i telegraficzną. Rzeczpospolita mogła zakładać w Gdańsku urządzenia służące do tego rodzaju połączeń, zarządzać nimi i administrować na własny koszt⁷⁴.

Na koniec należy przypomnieć, że zgodnie z wypracowanym protokołem przedstawiciel Rzeczypospolitej brał udział w powitaniu zagranicznych okrętów przybyłych do Gdańska⁷⁵.

5. Ustrój i organy konstytucyjne Wolnego Miasta

5.1. Ogólna charakterystyka ustroju Wolnego Miasta

Konstytucja Wolnego Miasta Gdańska, której pierwotny tekst został uchwalony przez Zgromadzenie Konstytucyjne 11 VIII 1920 r., po późniejszych zmianach, których domagała się Liga Narodów, zakładał powstanie systemu realizującego koncepcję monteskiuszowskiego trójpodziału władzy⁷⁶. Z niezależnym sądownictwem, władzą wykonawczą w postaci Senatu ukonstytuowanego w miejsce Rady Państwa w grudniu 1920 r., który odpowiedzialny był za nadawanie kierunku polityce Wolnego Miasta oraz z władzą ustawodawczą w postaci Zgromadzenia

71 Dz.U. 1922, Nr 13, poz. 117.

72 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 114.

73 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 20.

74 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 37.

75 S. Kutrzeba, *Gdańsk: przeszłość...*, s. 242.

76 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 91.

Ludowego (Volkstag), który powstał w wyniku uchwały przekształcającej Zgromadzenia Konstytucyjnego z 6 XII 1920 r.⁷⁷

Konstytucja Wolnego Miasta została podzielona na dwie części: 1) Podstawowa struktura państwa, która regulowała strukturę Volkstagu, Senatu, Prawodawstwa, Administracji, Wymiaru Sprawiedliwości oraz samorządu terytorialnego; 2) Zasadnicze prawa i obowiązki, regulująca kwestię: obywateli, urzędników, religii i związków religijnych, oświaty i szkolnictwa, oraz gospodarki⁷⁸.

Ustrój Wolnego Miasta w dużym stopniu inspirowany był ustrojem niemieckich miast: Hamburga, Lubeki i Bremy⁷⁹. Stan prawny ukształtował w Wolnym Mieście system wielopartyjnej reprezentacji parlamentarnej, jednak z wyraźnie uprzywilejowaną pozycją Senatu, natomiast pod koniec lat trzydziestych już z zdecydowaną koncentracją władzy w Senacie⁸⁰. System polityczny w Gdańsku łądząco przypominał system partyjny w Republice Weimarskiej, również dojście do władzy NSDAP w Niemczech miało analogiczne odzwierciedlenie w Wolnym Mieście⁸¹.

5.2. Organy Konstytucyjne Wolnego Miasta

5.2.1. Zgromadzenie Ludowe (Volkstag)

Volkstag został przewidziany w konstytucji jako organ ustawodawczy, który podejmował uchwały w obecności przynajmniej połowy wybranych posłów, z reguły zwykłą większością głosów. Prawo inicjatywy ustawodawczej przysługiwało członkom Volkstagu, Senatowi oraz prawnie ustanowionym przedstawicielstwom zawodowym. Senatowi przysługiwało prawo weta zawieszającego w stosunku do ustawy uchwalonej przez Volkstag. Gdyby pomimo weta Volkstag

77 S. Kutrzeba, *Gdańsk: przeszłość...*, s. 211.

78 J. Makowski, *Nowe Konstytucje*, Warszawa 1925, s. 37-65.

79 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 75.

80 *Ibid.*, s. 85.

81 E. Cichy, *op. cit.*, s. 14.

ponownie uchwalił ustawę, Senat mógł albo uznać decyzję Zgromadzenia albo odwołać się do referendum ogólnokrajowego. To uprawnienie Senatu wskazuje na silną pozycję tego organu w strukturze Wolnego Miasta.

Zgromadzenie Ludowe mogło również doprowadzić do zmiany konstytucji, jeśli zmiany zostały poparte przez 2/3 wybranych posłów w okresie przynajmniej miesiąca od pierwszego czytania. Konstytucja mogła zostać również zmieniona w wyniku referendum, jeżeli zmiany zostały poparte przez większość uprawnionych do głosowania obywateli. Niemniej zmiany te musiały zostać zaaprobowane przez Ligę Narodów⁸². Akty prawne uchwalone przez Zgromadzenie Ludowe publikowane były w Gdańskim Dzienniku Urzędowym (Staatsanzeiger)⁸³.

Volkstag składał się z 120 posłów (po zmianie konstytucji w czerwcu 1930 r. z 72) wybranych na 4 lata w powszechnych, równych, bezpośrednich, tajnych i proporcjonalnych wyborach⁸⁴. Czynne prawo wyborcze przysługiwało obywatelom gdańskim którzy ukończyli 20 lat. Natomiast wybrana mogła zostać osoba, która nie była ubezwłasnowolniona, pozbawiona wyrokiem sądu praw obywatelskich i ukończyła 25 lat. Posłom wybranym do Zgromadzenia przysługiwał immunitet. Ewentualne protesty wyborcze rozstrzygał Sąd Najwyższy Wolnego Miasta.

Obrady Volkstagu odbywały się na żądanie jednej szóstej członków izby, Senatu lub Prezydenta Volkstagu, który przewodniczył jawnym obradom. Członkowie Senatu (reprezentujący władze wykonawczą) mieli prawo do uczestniczenia w obradach i zabierania w ich trakcie głosu. Zgromadzenie Ludowe i jego komisje mogły żądać obecności w trakcie obrad każdego członka Senatu oraz domagać się informacji o sprawach państwowych od całego Senatu⁸⁵.

82 J. Makowski, *Nowe Konstytucje*, Warszawa 1925, s. 48-49 (art. 43, 49).

83 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 85.

84 E. Cichy, *Faszyzm w Gdańsku*, Toruń 2002, s. 15.

85 J. Makowski, *Nowe...*, s. 40-43 (art. 6-24).

5.2.2. Senat Wolnego Miasta

Zgodnie z przepisami konstytucji Senat Wolnego Miasta Gdańska stanowił naczelną władzę kraju oraz ustalał politykę działania i ponosił odpowiedzialność przed Volkstagem. Do głównych zadań Senatu należało m.in.: prowadzenie administracji w Wolnym Mieście i sprawowanie nadzoru nad urzędami państwowymi, sporządzanie planu budżetu, zarządzanie majątkiem i dochodami państwa, dysponowanie wpływami i wydatkami, obrona praw państwa, powoływanie urzędników, dbanie o bezpieczeństwo i dobro ogólne państwa i jego obywateli, a także prawo wydawania aktu łaski. Wszelkie dokumenty wystosowane w imieniu Wolnego Miasta podpisywał prezydent lub jego zastępca oraz jeden z członków Senatu⁸⁶.

Senat składał się z prezydenta jako przewodniczącego prowadzącego i nadzorującego cały bieg spraw administracji, zastępcy prezydenta i dwudziestu senatorów. Przy czym prezydent oraz 7 tzw. senatorów głównych wybieranych było przez Volkstag na 4 lata, natomiast 13 senatorów pobocznych na czas nieokreślony, w obu przypadkach były to wybory tajne⁸⁷. Natomiast po zmianie Konstytucji w dniu 4 VI 1930 r. Senat ograniczony został do 12 senatorów (6 płatnych oraz 6 społecznych), w całości uzależnionych od zaufania Volkstagu⁸⁸.

Senatorem mogła zostać obrana osoba spełniająca warunki przewidziane dla posła z tym, że nie mogła być również w trakcie postępowania upadłościowego oraz nie miała prawa reelekcji na stanowisko senatora⁸⁹. Członkowie Senatu z urzędów pobocznych odpowiadali za swoją działalność urzędową przed Volkstagem. Każdy senator mógł być na wniosek jednej czwartej członków Volkstagu oskarżony za naruszenie konstytucji bądź innego prawa Gdańska⁹⁰. Senatorowie bez zgody Senatu nie mogli łączyć

86 *Ibid.*, s. 47 (art. 38-39, 41).

87 *Ibid.*, s. 44 (art. 25).

88 E. Cichy, op. cit., s. 15.

89 J. Makowski, *Nowe...*, s. 44. (art. 26).

90 *Ibid.*, s. 45 (art. 29, 32).

swojego stanowiska z innymi funkcjami ani być zatrudnionymi w administracji lub urzędzie publicznym.

Posiedzenia Senatu były tajne, kworum wynosiło co najmniej połowę wybranych członków Senatu. Decyzje podejmowane były większością głosów, a w razie niemożności jej uzyskania rozstrzygał głos prezydenta⁹¹.

5.2.3. Sądownictwo Wolnego Miasta

Na system Sądownictwa Wolnego Miasta składały się: Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) jako sąd konstytucyjny oraz najwyższa instancja sądownictwa powszechnego, Sąd Krajowy (Landgericht) jako sąd odwoławczy oraz 4 Sądy I instancji (Amtsgerichte) zlokalizowane w siedzibach powiatów⁹².

Zgodnie z ustawą zasadniczą Gdańska, sędziowie podlegali tylko ustawą i byli niezawisli⁹³. Za dożywotni wybór sędziów odpowiedzialna była komisja składająca się z: prezydenta, jednego senatora, trzech prezydentów Volkstagu, Prezesa Sądu i trzech sędziów oraz dwóch przedstawicieli adwokatury. Gwarancją niezawisłości sędziowskiej był art. 65 Konstytucji gdańskiej, który do zawieszenia, przeniesienia w inne miejsce lub w stan spoczynku bez zgody sędziego wymagał orzeczenia Sądu⁹⁴.

6. Polityczny *anschluss* Wolnego Miasta

Z funkcjonowaniem Wolnego Miasta i jego statusem międzynarodowym wiąże się również zjawisko tzw. faktycznego lub politycznego *anschlusu*⁹⁵. Określenie to odnosi się do stopniowego tworzenia stanu faktycznego odległego od założeń Traktatu wersalskiego i Konstytucji gdańskiej, w postaci upodobniania się ustroju politycznego Wolnego Miasta do III Rzeszy oraz zsynchronizowania polityki tych dwóch podmiotów.

91 *Ibid.*, s. 46 (art. 34, 37).

92 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 91.

93 J. Makowski, *Nowe...*, s. 51 (art. 61).

94 *Ibid.*, s. 52 (art. 64, 65).

95 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 7.

Finalnie zjawisko to doprowadziło do przeniesienia ośrodka decyzyjnego dotyczącego spraw Gdańskich z Wolnego Miasta do Berlina i połączenia z Rzeszą⁹⁶. Wyrazem tego typu działania było przemówienie Goebbelsa w dniu 5 III 1933 r., w którym zaproponował koncepcje skoordynowania Wolnego Miasta z Rzeszą⁹⁷.

Choć z prawnego punktu widzenia relacje między Republiką Weimarską (później III Rzeszą), a Wolnym Miastem kształtowały się w taki sam sposób jak z innymi państwami (oprócz Polski, która miała specjalne uprawnienia na mocy Traktatu wersalskiego), to ze względu na substrat narodowościowy w Wolnym Mieście i otwarte rewizjonistyczne cele polityki niemieckiej, Republika Weimarska starała się w mniej lub bardziej zawołowany sposób wpływać na politykę Gdańską. Z drugiej strony, elity polityczne Wolnego Miasta wyrażały otwarcie swoją łączność z Rzeszą, przykładem może być rezolucja Volkstagu z 27 VI 1929 r., potępiająca oderwanie Gdańska od Niemiec⁹⁸. Natomiast od roku 1930, kiedy NSDAP stało się drugą siłą w Volkstagu, rozpoczął się proces ograniczania praw Polski i Ligi Narodów w Wolnym Mieście i wprowadzania nazistowskiego modelu państwa⁹⁹. Faktycznie NSDAP przejęło władzę w Gdańsku w dniu 20 VI 1933 r.¹⁰⁰

Pomimo terytorialnego i politycznego odłączenia Gdańska od Rzeszy, zarówno sympatie polityczne i sposób reformy ustroju był zbliżony do tego, co działo się w Niemczech w latach trzydziestych. Po wyborach z 16 XI 1930 r. NSDAP stało się wsparciem dla koalicji rządzącej, natomiast w wyborach z 28 V 1933 r. naziści uzyskali 50,03% głosów. Z tego powodu Gdańsk stał się ważnym miejscem dla przywódców partyjnych z Adolfem Hitlerem na czele, który rozważał przeniesienie centrali partii do Gdańska w przypadku, gdyby NSDAP zostało zdelegalizowane

96 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 94.

97 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 63.

98 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 150.

99 *Ibid.*, s. 148.

100 *Ibid.*, s. 203.

w Niemczech¹⁰¹.

Podstawowym elementem faktycznego anchlussu było stopniowe odstępowanie od reguł wyznaczonych przez Konstytucję Wolnego Miasta, której gwarantem zgodnie z Traktatem wersalskim była Liga Narodów¹⁰². Senatowi w dniu 24 IV 1933 r. przyznane zostały w formie ustawy szczególne uprawnienia (*Ermächtigungsgesetze*), które umożliwiły stosowanie, bez konieczności konsultacji z Volkstagem, wyjątkowych środków wobec związków, stowarzyszeń, instytucji i prasy. Doprowadziło to do sukcesywnego likwidowania wszelkiej opozycyjnej prasy¹⁰³. Całość władzy została oddana w ręce Senatu w wyniku uchwalenia przez Zgromadzenie Ludowe w dniu 24 VI 1933 r. ustawy wzorowanej na uregulowaniach funkcjonujących w Rzeszy (*Zur Behebung der Not von Volk und Staat* – O zniesieniu niedoli narodu i państwa). Ustawa ta przekazywała Senatowi władzę stanowienia prawa w Wolnym Mieście w drodze rozporządzeń¹⁰⁴. Upoważnienia dla Senatu zostały przedłużone przez Volkstag na 4 lata w dniu 5 V 1937 r.¹⁰⁵

Kolejnym etapem likwidacji opozycji w Wolnym Mieście była ustawa o drukach natury politycznej (z 8 V 1935 r.), która wprowadzała wymóg uprzedniej akceptacji przez policję przed publikacją¹⁰⁶. Ta regulacja była sprzeczna z art. 79 Konstytucji Wolnego Miasta zabraniającym cenzury prewencyjnej poprzez gwarancję wolności słowa¹⁰⁷. Z inicjatywy Ligi Narodów w 1936 r. ustanowiony został fasadowy Trybunał Prasowy, który czuwać miał nad przestrzeganiem konstytucyjnej gwarancji wolności słowa, jednak został on obsadzony w całości przez członków NSDAP, co wypaczyło jego istotę¹⁰⁸.

Kolejnym aktem prawnym ograniczającym prawa

101 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 63.

102 Dz.U. 1920, Nr 35, poz. 200.

103 E. Cichy, *op. cit.*, s. 27.

104 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 205.

105 *Ibid.*, s. 280.

106 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 65.

107 J. Makowski, *Nowe...*, s. 55 (art. 79).

108 E. Cichy, *op. cit.*, s. 40.

obywatelskie był dekret Senatu Gdańskiego z 16 VII 1936 r., który nadawał policji gdańskiej prawo internowania obywateli do trzech miesięcy¹⁰⁹. Również w lipcu 1936 r. wprowadzony został dekret o możliwości rozwiązania partii politycznych¹¹⁰.

Ostatecznie możliwość funkcjonowania jakiegokolwiek opozycji zablokował dekret Volkstagu z 8 XI 1937 r., który formułował w preambule zakaz tworzenia nowych partii – było to oczywiście sprzeczne z ustawą zasadniczą Gdańska. Senat zrealizował wspomniany zakaz w formie rozporządzenia, na podstawie uprawnień, przekazanych przez Volkstag w powołanej wcześniej ustawie (*Ermächtigungsgesetze*). W ramach wykładni, która miała uzasadniać legalność tego działania, powoływano się na przepisy umożliwiające Senatowi zakazywanie działalności zrzeszeniom zagrażającym bezpieczeństwu państwa, za które uznano m.in. partie polityczne¹¹¹.

Poważnego ograniczenia wolności obywatelskich, doznała również mniejszość żydowska poprzez: zakaz uboju rytualnego oraz pozbawienie prawa wykonywania zawodu lekarza¹¹². Zmasowany atak został przypuszczony również na Kościół katolicki na terenie Gdańska¹¹³.

Gdańskie sądy posługiwały się w orzecznictwie, podobnie jak III Rzesza, pojęciami: „poczucia narodowego” i „interesu ogólnego” oraz ich wyższości nad stanowionym prawem. Był to wyłom w ustroju Wolnego Miasta, naruszający zasadę praworządności¹¹⁴. Stanowiło to także element coraz bardziej widocznej tendencji upodobniania się do III Rzeszy. Władze Gdańska korzystały z nieścisłości interpretacyjnych Konstytucji Wolnego Miasta lub wprost ją łamały.

Do szkół wprowadzono jako okrzyk „Heil Hitler”, a w

109 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 79.

110 E. Cichy, *op. cit.*, s. 42.

111 *Ibid.*, s. 48-49.

112 *Ibid.*, s. 28, 50.

113 *Ibid.*, s. 46.

114 H. Strasburger, *op. cit.*, s. 74.

gdańskich sądach wisiały portrety Führera¹¹⁵. W placówkach celnych, posterunkach policji oraz innych urzędach, oprócz portretów i nazistowskich flag, składano także przysięgę na wierność i posłuszeństwo Hitlerowi¹¹⁶.

Notoryczne łamanie gdańskiej konstytucji i uprawnień Ligi Narodów spotkało się ze stanowczym lecz mało efektywnym oporem tej organizacji. W 1934 r. Wysoki Komisarz Ligi Narodów w swoim okresowym sprawozdaniu wskazywał na szereg naruszeń Konstytucji Wolnego Miasta¹¹⁷. W czerwcu tego roku Rada Ligi Narodów powołała specjalny komitet do zbadania nadużyć władz gdańskich. Komitet przedstawił w dniu 5 X 1936 r. swoje wnioski, wskazując na liczne i systematyczne naruszenia konstytucji przez gdański Senat. Jednak Liga Narodów okazała się organem niezdolnym do stanowczych kroków, mogących zatrzymać tą tendencję. 5 X 1936 r. Rada Ligi Narodów poleciła Polsce znalezienie remedium na ten stan rzeczy oraz „przywrócenie pełnej skuteczności gwarancjom Ligi Narodów”¹¹⁸.

Jednak z przyznanym Polsce mandatem do przywrócenia spraw gdańskich do właściwego stanu rzeczy wiąże się problem polskiej polityki w stosunku do Gdańska, w szczególności w kontekście dojścia do władzy, zarówno w Rzeszy jak i w Gdańsku, nazistów.

Po przejęciu władzy przez NSDAP w Niemczech i Wolnym Mieście polskie władze uznały, że skuteczniejszym sposobem na zachowanie swoich uprawnień w Gdańsku, przede wszystkim uprawnień związanych z portem, będzie porozumienie się z Rzeszą aniżeli załatwianie sporów z Wolnym Miastem na forum Ligi Narodów. Tym bardziej, że rzeczywistym ośrodkiem decyzyjnym Gdańska stał się Berlin¹¹⁹. Od 1933 r. spory między Polską a Wolnym Miastem nie były już zatem rozstrzygane przez Ligę

115 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 238.

116 *Ibid.*, s. 277-278.

117 E. Cichy, *op. cit.*, s. 31.

118 J. Wójcicki, *op. cit.*, s. 266.

119 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 80.

Narodów, a starano się rozwiązywać je bilateralnie.

Tak ukierunkowana polityka początkowo przynosiła pozytywne efekty.

8 VIII i 18 IX 1933 r. zawarto układy gwarantujące Polsce koncesje w Porcie Gdańskim oraz prawa mniejszości polskiej, dopuszczono między innymi język polski w urzędach¹²⁰. W październiku 1933 r. Rzesza wystąpiła z Ligi Narodów, w związku z tym polski rząd oczekiwał od niemieckich władz, że potwierdzą dotychczasowe gwarancje na innej drodze aniżeli na forum Ligi Narodów. Nowe władze niemieckie przystały na to, chcąc w tym okresie załagodzić spór z Rzeczpospolitą. Z tego względu 26 I 1934 r. podpisano w Berlinie „Deklarację między Polską a Niemcami o niestosowaniu przemocy”. Zakładała ona bezpośrednie porozumiewanie się we wszelkiego rodzaju sporach oraz załatwianie spornych kwestii w drodze bezpośrednich rokowań¹²¹. Należy zauważyć, że po zawarciu wspomnianych porozumień gwałtownie spadła liczba sporów polsko-gdańskich w Radzie Ligi Narodów (w latach 1920–1933 było ich 106¹²²).

Deklaracje nie zmieniły jednak konsekwentnej polityki niemieckiej, polegającej na wpływaniu na Gdańsk rozmaitymi nieoficjalnymi kanałami. Prowadzono szeroko zakrojoną pomoc materialną dla Wolnego Miasta na cele oświatowe, kulturalne i społeczne, ale również na pokrywanie potrzeb budżetowych. W 1926 r. udział środków finansowych pochodzących z Rzeszy w budżecie gdańskim wynosił 1/3¹²³. Jednocześnie prowadzona była w dalszym ciągu wroga polityka wobec mniejszości polskiej, w szczególności w kwestii wydalania obywateli polskich z obszaru Wolnego Miasta oraz przyznawania Polakom obywatelstwa Gdańskiego¹²⁴.

Polska polityka, ale również szerzej polityka Ligi Narodów,

120 E. Cichy, *op. cit.*, s. 23.

121 Dz. U. RP. 1934, Nr 16, poz. 124.

122 E. Cichy, *op. cit.*, s. 14.

123 P. Mickiewicz, *op. cit.*, s. 54-55.

124 *Ibid.*, s. 68-69.

okazała się nieskuteczna. Brak rzeczywistych środków egzekwowania postanowień Traktatu wersalskiego oraz brak realnej siły Ligi Narodów, doprowadził 23 VIII 1939 r. do przekazania władzy wykonawczej i uznania za głowę państwa szefa NSDAP w Wolnym Mieście Alberta Forstera¹²⁵. Stanowiło to wyraźne złamanie ustawy zasadniczej. 1 IX 1939 r., w dniu wybuchu wojny, A. Forster ogłosił zniesienie Konstytucji gdańskiej i wcielenie Gdańska do Niemiec, co zostało potwierdzone tego samego dnia przez stosowną ustawę Rzeszy¹²⁶. W ten sposób okres faktycznego anchlussu przypieczętowany został aktem formalnego wcielenia Gdańska do III Rzeszy.

7. Podsumowanie

Wolne Miasto Gdańsk stanowi dobitny przykład słabości konstrukcji międzynarodowego ładu po I wojnie światowej, w szczególności słabości instytucjonalnej Ligi Narodów. Działalność władz niemieckich oraz elit politycznych Gdańska pokazuje, jak dalece stan faktyczny może odbiec od uregulowań normatywnych, jeśli za stanowionym prawem nie stoi wystarczająco silna sankcja, powstrzymująca przed jego łamaniem.

Ustrój Wolnego Miasta w końcowej fazie faktycznego anchlussu był aberracją uregulowań zawartych w Traktacie wersalskim oraz Konstytucji Wolnego Miasta. Natomiast niemiecki rewizjonizm doprowadził do tego, że Gdańsk na wzór III Rzeszy stał się obszarem rządzonym według zasady „poczucia narodowego” i jego wyższości nad prawem stanowionym.

Również bezradność i brak stanowczego oporu Ligi Narodów oraz polskich władz wskazują na nietrwałość i niebezpieczeństwo funkcjonowania w prawie międzynarodowym osobliwych podmiotów, jak wolne miasta czy obszary. Potwierdzają to przykłady innych tego typu „państw-miast”, jak Wolne Miasto

125 J. Osmańczyk, *Encyklopedia Spraw Międzynarodowych i ONZ*, Warszawa 1974, s. 276.

126 L. Ehrlich, *op. cit.*, s. 588.

Rijeka (Wolne Miasto Fiume), czy Okręg Kłajpedy. Niesuwerenne podmioty o charakterze quasi-państwowym ostatecznie stawały się polem rywalizacji państw o dominację nad nimi, głównie z powodu nieuniknionego problemu przewagi jednej z grup narodowych nad innymi na takich obszarach¹²⁷.

Na koniec należy zwrócić uwagę na fakt, że badanie praktyki prawnej Wolnego Miasta Gdańska, aktów prawnych stanowionych przez Volkstag oraz Senat, w dalszym ciągu natrafia na przeszkodę w postaci braku kompletnego opracowania Dzienników Urzędowych Wolnego Miasta Gdańska oraz ich analizy pod kątem legalności stanowionego prawa i jego zgodności z Konstytucją Wolnego Miasta oraz z Traktatem wersalskim.

127 P. Łossowski, *Kłajpeda kontra Memel. Problem Kłajpedy w latach 1918–1939–1945*, Warszawa 2007, s. 6.

Szymon Śniady¹

Rozpoznanie skarg na postanowienie referendarza sądowego przez sąd orzekający jako sąd II instancji (art. 398²³ k.p.c. i art. 767^{3a} k.p.c.)

Abstract

The following paper analyses the proceedings induced with lodging a complaint against the decision of the court clerk in a matter of court costs, costs of the process, refusal of establish a professional attorney and in an executive proceedings. Complaint proceedings induced with lodging this remedy is unusual to the civil procedure. A complaint does not have the eliminating effect, and the court rules as a court of second instance. The complaint is lodged directly to the court, bypassing the authority issuing the contested decision, the consequence is the lack of a separate phase of *a quo* and *a quem* in recognition of the remedy. The court examining a complaint by analogy apply certain provisions of the complaint, while the ruling is limited to issue an amending decision.

Streszczenie

Niniejszy artykuł zawiera analizę postępowania sądowego wywołanego wyniesieniem skargi na postanowienie referendarza sądowego w przedmiocie kosztów sądowych, kosztów procesu, o odmowie ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, a także w postępowaniu egzekucyjnym. Postępowanie skargowe wywołane wniesieniem tego środka zaskarżenia

¹ Autor jest tegorocznym absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

jest nietypowe do procedury cywilnej. Wniesienie skargi nie wywołuje skutku anulacyjnego, a sąd orzeka jako sąd II instancji. Skarga wnoszona jest bezpośrednio do sądu, z pominięciem organu wydającego zaskarżone orzeczenie, czego konsekwencją jest brak wyodrębnionej fazy *a quo* i *a quem* w rozpoznaniu tego środka zaskarżenia. Sąd rozpoznając skargę, stosuje odpowiednio niektóre przepisy o zażaleniu, natomiast orzekając – jest ograniczony do wydania postanowienia reformatoryjnego.

1. Wstęp

Skarga na postanowienie referendarza sądowego w przedmiocie kosztów sądowych lub kosztów procesu, o odmowie ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, a także w postępowaniu egzekucyjnym, nie ma charakteru anulacyjnego, a więc jej wniesienie nie wpływa na istnienie zaskarżonego orzeczenia, ale jedynie wstrzymuje prawomocność formalną orzeczenia. W. Broniewicz² prawomocnością formalną określa niemożność uchylecia lub zmiany orzeczenia w drodze zwyczajnych i szczególnych środków zaskarżenia. Wniesienie skargi tak jak wniesienie każdego innego środka zaskarżenia wszczyna postępowanie odwoławcze. Takie postępowanie można podzielić na dwa etapy: postępowanie instrukcyjne, czyli badanie dopuszczalności środka zaskarżenia oraz właściwe postępowanie skargowe w celu rozpoznania środka zaskarżenia. Zgodnie z art. 398²³ k.p.c. i art. 767^{3a} k.p.c. rozpoznając skargę na postanowienie referendarza sądowego w postępowaniu egzekucyjnym oraz w przedmiocie kosztów i odmowy ustanowienia pełnomocnika sąd orzeka jako sąd II instancji stosując odpowiednio przepisy o zażaleniu.

² W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, wyd. 10, Warszawa 2008, s. 255–256.

Słusznie wskazuje T. Wiśniewski³, że odpowiednie stosowanie przepisów o zażaleniu w postępowaniu rozpoznawczym odnosi się jedynie do art. 397 k.p.c., gdyż pozostałe artykuły regulują dopuszczalność zażalenia i postępowanie przed sądem I instancji, które w przypadku skarg z 398²³ k.p.c. i z art. 767^{3a} k.p.c. jest pominięte ze względu na postulat szybkości postępowania. W. Siedlecki⁴ zwraca uwagę, że „odpowiednie stosowanie” nie oznacza stosowania wprost przepisów o zażaleniu lub apelacji, natomiast należy uwzględnić odmienny cel i charakter postępowania w przedmiocie rozpoznania skargi na postanowienie referendarza. W szczególności należy uwzględnić odmienności wynikające z orzeczenia organu niebędącego sądem oraz ograniczenia postępowania odwoławczego do jednej instancji. Jak wspomniano wcześniej, A. Sadza twierdzi, że przepis nakazujący odpowiednie stosowanie przepisów o zażaleniu nie odnosi się do całego postępowania skargowego, a nie dotyczą postępowania instrukcyjnego, wykonywanego przez przewodniczącego⁵. W mojej opinii uzasadniony wydaje się jednak pogląd mówiący, że art. 398²³ k.p.c. i art. 767^{3a} k.p.c., odsyłając do odpowiedniego stosowania przez sąd przepisów o zażaleniu, obejmuje całą procedurę postępowania wywołanego wniesieniem skargi, w tym odpowiednie stosowanie przepisów o postępowaniu instrukcyjnym.

2. Badanie dopuszczalności skargi

Zgodnie z art. 398²² § 4 k.p.c. skargę na postanowienie referendarza sądowego w postępowaniu egzekucyjnym wnosi się bezpośrednio do sądu. Artykuły 398²³ k.p.c. i 767^{3a} k.p.c. stanowią, że sąd, mimo bycia sądem I

³ T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks Postępowania Cywilnego. Tom II Artykuły 367-505*³⁷, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 278.

⁴ W. Siedlecki, [w:] *t. III: Zaskarżanie orzeczeń sądowych, pod red. W. Siedleckiego*, [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, red. W. Berutowicz, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986, s. 376.

⁵ A. Sadza, *Nieusunięcie w terminie braków formalnych skargi na orzeczenie referendarza sądowego – forma i treść rozstrzygnięcia*, MoP 18/2014, s. 972–973.

instancji w sensie funkcjonalnym, odpowiednio stosuje przepisy o zażaleniu orzekając jako sąd II instancji. Wynika z tego, że zastosowania do skargi na postanowienie referendarza sądowego w przedmiocie kosztów, odmowy ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika i w postępowaniu egzekucyjnym nie ma art. 370 k.p.c. w zw. z art. 395 § 2 k.p.c. przewidujący kontrolę wnoszonego środka zaskarżenia przez sąd I instancji.

Z tego powodu w wypadku skargi na orzeczenie referendarza nie można podzielić postępowania zażaleniowego na toczącego się przed organem, który wydał zaskarżone postanowienie (*a quo*) i na to, które odbywa się przed sądem II instancji (*ad quem*). Z powodu rozpoznawania skargi przez sąd tylko w ramach jednej instancji nie ma miejsca, tak jak przy innych środkach zaskarżenia, dwukrotne badanie dopuszczalności skargi przez sądy dwóch instancji. A. Maziarz-Charuza⁶ twierdzi, że w przypadkach oczywistego uzasadnienia skargi lub nieważności postępowania referendarz sądowy ma prawo dokonać samokontroli swojego postanowienia na gruncie art. 395 § 2 k.p.c. Trafnie jednak wskazuje K. Markiewicz⁷, że skarga wnoszona jest bezpośrednio do sądu orzekającego w II instancji, z pominięciem referendarza sądowego, zatem nie ma możliwości zastosowania art. 395 § 2 k.p.c. i dokonania autoremedury orzeczenia.

Wniesienie skargi na postanowienie referendarza sądowego w postępowaniu egzekucyjnym nie wstrzymuje wykonalności zaskarżonego orzeczenia. Jednocześnie w przypadku tego środka zaskarżenia nie ma możliwości zastosowania art. 396 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. dopuszczającego wstrzymanie wykonania zaskarżonego postanowienia, gdyż przepis ten *expressis verbis* wydanie postanowienia w tym zakresie

⁶ A. Maziarz-Charuza, *Skarga na orzeczenie referendarza po nowelizacji z dnia 2 marca 2006 r.*, PS 10/2007, s. 136.

⁷ K. Markiewicz, *Skarga na postanowienie referendarza sądowego*, [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, red. T. Ereciński, t. III: *Środki zaskarżenia*, cz. 1, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 623.

umożliwia jedynie sądowi I instancji. *A contrario* sąd działający jako sąd II instancji nie może podjąć decyzji w tym zakresie. Natomiast zgodnie z art. 821 § 1 k.p.c. na wniosek skarżącego sąd może fakultatywnie zawiesić postępowanie egzekucyjne⁸. Należy pamiętać, że na gruncie art. 820 zd. 1 k.p.c. organ egzekucyjny zawiesi obligatoryjnie postępowanie w przypadku złożenia podobnego wniosku przez wierzyciela. Inaczej jest w przypadku skargi z art. 398²³ k.p.c. Zgodnie z treścią art. 398²³ § 2 zd. 1 k.p.c., wniesienie skargi na postanowienie referendarza w przedmiocie kosztów oraz ustanowienia pełnomocnika z mocy prawa wstrzymuje wykonalność zaskarżonego orzeczenia.

Dopuszczalność wniesienia skargi badana jest przez sąd, działający w tym wypadku jako sąd II instancji. Zgodnie z § 59 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych⁹ postępowanie instrukcyjne leży w gestii przewodniczącego wydziału. Przewodniczący badając prawidłowość wniesienia skargi, sprawdza istnienie wszystkich warunków dopuszczalności omówionych w rozdziale poprzednim. W przypadku uchybień nieusuwalnych, a więc braku istnienia zaskarżonego orzeczenia, braku istnienia interesu prawnego w zaskarżeniu, niezastosowania właściwego środka zaskarżenia lub braku dopuszczalności zaskarżenia, niezachowania terminu lub nieistnienia legitymacji do wniesienia środka zaskarżenia, przewodniczący skieruje skargę na posiedzenie niejawne celem odrzucenia skargi przez sąd w składzie trzech sędziów. W razie braków skargi podlegających sanacji, czyli niespełnienia warunków formalnych skargi, w tym braku jej opłacenia, przewodniczący wezwie skarżącego do jej uzupełnienia lub opłacenia w terminie tygodniowym, pod rygorem odrzucenia środka zaskarżenia. Zdaniem Sądu Najwyższego¹⁰, takie samo rozwiązanie ma miejsce również w przypadku wniesienia nieopłaconej

⁸ Odmienne K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 625–626.

⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23 lutego 2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych, Dz.U. 2007 nr 38 poz. 249 wraz ze zmianami.

¹⁰ Postanowienie SN z 3 lutego 2010 r., II CZ 79/09, LEX nr 585775.

skargi przez profesjonalnego pełnomocnika, a art. 130² § 1 i 2 k.p.c. nie ma zastosowania. Gdy skarga wnoszona jest przez stronę niezamieszkującą lub niemającą siedziby w Polsce i jednocześnie nieposiadającą przedstawiciela w kraju termin do uzupełnienia skargi nie może być krótszy niż jeden miesiąc¹¹. W przypadku bezskutecznego upływu terminu do uzupełniania skargi zostaje ona odrzucona. Słusznie zauważa J. Olszanowski¹², że na postanowienie sądu odrzucające skargę, jako wydane przez sąd II instancji, zażalenie na gruncie art. 394 § 1 pkt 12 k.p.c. nie przysługuje, gdyż przepis ten statuuje jedynie dopuszczalność zażaleń na postanowienia sądu I instancji. Ponadto na gruncie art. 394¹ § 2 k.p.c. w zw. z art. 398¹ k.p.c. i art. 767⁴ § 2 k.p.c. na takie postanowienie nie przysługuje również zażalenie do SN.

W przypadku gdy przewodniczący uzna, że skarga jest dopuszczalna, zarządzi jej doręczenie stronie przeciwnej, z wyjątkiem sytuacji gdy wierzyciel zaskarża postanowienie referendarza w przedmiocie nadania tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności oraz gdy skarżone jest postanowienie w przedmiocie zwolnienia od kosztów lub odmowy ustanowienia pełnomocnika. Stronie przeciwnej zostanie wyznaczony tygodniowy termin do wniesienia odpowiedzi na skargę. Jest to jednak termin tylko instrukcyjny, spóźniona odpowiedź na skargę nie podlega odrzuceniu przez sąd. Odpowiedź na skargę powinna spełniać warunki formalne pisma procesowego, określone w art. 126 k.p.c., oraz zawierać w treści ustosunkowanie się strony przeciwnej do skargi. Przeciwnik procesowy skarżącego w odpowiedzi może wnosić o oddalenie bądź odrzucenie środka zaskarżenia i ewentualnie o zasądzenie kosztów postępowania skargowego. Nie ma natomiast możliwości żądania zmiany lub uchylecia na swoją korzyść skarżonego postanowienia referendarza

¹¹ B. Bładowski, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, wyd. 5, Warszawa 2013, s. 80.

¹² J. Olszanowski, *Skarga na postanowienie referendarza sądowego w sądowym postępowaniu egzekucyjnym*, *Polski Proces Cywilny* 3/2014, s. 356.

sądowego. W przypadku reprezentowania stron przez profesjonalnych pełnomocników odpis odpowiedzi powinien zostać doręczony bezpośrednio między nimi, a do odpowiedzi wysłanej do sądu powinien zostać załączony dowód nadania bezpośredniego¹³. Z racji, iż z reguły skarga na postanowienie referendarza rozpatrywana jest na posiedzeniu niejawnym, odpowiedź na skargę jest praktycznie jedynym sposobem obrony przez stronę przeciwną. Brak doręczenia odpisu skargi stronie przeciwnej powoduje nieważność postępowania wskutek pozbawienia strony możliwości obrony¹⁴.

Zdaniem K. Markiewicza¹⁵ referendarz sądowy nie jest uprawniony do wydawania zarządzeń w przedmiocie uzupełniania braków formalnych skargi na swoje orzeczenie, gdyż zarządzenie takie nie jest zaskarżalne, co pozbawiłoby stronę określonej w art. 176 ust. 1 Konstytucji możliwości kontroli instancyjnej orzeczenia¹⁶. Nie jest to, w mojej ocenie, słuszne stanowisko. Zarządzenie przewodniczego w tej samej materii również nie podlega zaskarżeniu, a Trybunał Konstytucyjny¹⁷ zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego określoną w art. 176 ust. 1 Konstytucji uznał za obowiązującą jedynie do spraw w wyłącznej kompetencji sądów. Żaden przepis k.p.c. nie wyłącza uprawnień referendarza do badania skargi, a art. 47¹ k.p.c. przyznaje referendarzowi w zakresie powierzonych mu czynności kompetencje sądu. W mojej opinii art. 130⁵ k.p.c. zw. z art. 130 k.p.c. z art. 47¹ k.p.c. uprawnia referendarza do wydawania zarządzeń w przedmiocie uzupełniania braków formalnych środków zaskarżenia, w tym skargi, uregulowanych w art. 398²³ k.p.c. i w art. 767^{3a} k.p.c.

¹³ B. Bładowski, *Zażalenie...*, s. 92.

¹⁴ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] *Podstępowanie cywilne. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism sądowych i procesowych z przykładowymi stanami faktycznymi, linie orzecznicze, koszty sądowe*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2014, s. 408.

¹⁵ K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 618.

¹⁶ A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011, s. 293.

¹⁷ Wyrok TK z 1 grudnia 2008 r., P 54/07, www.trybunal.gov.pl [data odczytu: 1 czerwca 2015].

3. Rozpoznanie skargi *in merito*

Drugim etapem postępowania wywołanego wniesieniem skargi na postanowienie referendarza sądowego jest rozpoznanie skargi *in merito*. Sąd orzeka jako sąd II instancji, zatem zgodnie z art. 367 § 3 k.p.c. w zw. z 397 § 2 k.p.c. rozstrzygnięcie w przedmiocie rozpoznania skargi zapada w składzie trzech sędziów zawodowych co do zasady na posiedzeniu niejawnym. Jednak zgodnie z art. 766 k.p.c. sąd może skierować sprawę na posiedzenie jawne i wyznaczyć rozprawę. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że zgodnie z postanowieniem SN z 8 listopada 2006 r.¹⁸ art. 397 § 2 zd. drugie k.p.c., nie ma zastosowania przy rozpoznawaniu skargi na postanowienie referendarza sądowego o kosztach procesu. Natomiast przy rozpoznaniu skargi na postanowienie w przedmiocie odmowy zwolnienia od kosztów sądowych lub cofnięcia takiego zwolnienia, odrzucenia wniosku o zwolnienie oraz odmowy ustanowienia adwokata lub radcy prawnego art. 397 § 2 zd. drugie k.p.c. wprowadza jednoosobowy skład sądu. Wspominany już projekt nowelizacji art. 398²³ k.p.c. i art. 767^{3a} k.p.c.¹⁹ przewiduje, że właściwym składem do rozpoznania skargi będzie jeden sędzia. Rozpoznając skargę, sąd może z urzędu sprostować postanowienie referendarza zgodnie z art. 350 § 3 k.p.c. w zw. z art. 362 k.p.c. w zw. z art. 362¹ k.p.c. Na wniosek skarżącego na podstawie art. 380 k.p.c. w zw. z 397 § 2 k.p.c. rozpoznając skargę, sąd może rozpoznać również niezaskarżalne postanowienia referendarza mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy²⁰, jednak na gruncie postępowania egzekucyjnego przepis ten nie ma znaczenia, gdyż skarga przysługuje na wszystkie postanowienia referendarza w postępowaniu egzekucyjnym.

¹⁸ Postanowienie SN z 8 listopada 2006 r., III CZP 104/06, Biul.SN 2007/4/14.

¹⁹ Druk sejmowy VII kadencji nr 2678.

²⁰ K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 636.

Problematyczne w doktrynie prawniczej jest zagadnienie zakresu zaskarżenia w postępowaniu wywołanym wniesieniem zażalenia, a co za tym idzie – również skargi na orzeczenie referendarza. A. Zieliński²¹ uważa, że art. 378 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. ma zastosowanie w całości do postępowania zażaleniowego, a więc sąd jest związany granicą zażalenia z wyjątkiem nieważności postępowania oraz w przypadku określonym w art. 378 § 2 k.p.c. sąd może rozpoznać sprawę również na rzecz współuczestników. Jednak zdaniem K. Markiewicza²² w rozpoznaniu skargi na orzeczenie referendarza nie ma zastosowania art. 378 § 1 *in principio* i § 2 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c., a jedyną granicą zakresu rozpoznania skargi przez sąd jest treść zaskarżonego postanowienia. Podobnie uznał Trybunał Konstytucyjny wskazując, że sąd rozpoznając skargę nie jest związany zarzutami skarżącego i z urzędu uwzględnia wszelkie – zarówno merytoryczne, jak i procesowe uchybienia zaskarżonego postanowienia²³. Pogląd ten zasługuje na aprobatę, szczególnie że wśród wymogów formalnych skargi braku jest obowiązku wskazania zakresu zaskarżenia. Sąd nie jest też związany wnioskiem skarżącego co do sposobu rozstrzygnięcia skargi, które w zw. z art. 398²³ § 1 *in fine* k.p.c. i art. 767^{3a} zd. 4 k.p.c. są mocno ograniczone.

Z kwestią granicy rozpoznania skargi łączy się zagadnienie zakazu *reformationis in peius*. Zdaniem m.in. A. Góry-Błaszczkowskiej²⁴ i A. Zielińskiego²⁵ do zażalenia wprost stosuje się art. 384 k.p.c. zakazujący zmiany lub uchylenia orzeczenia na niekorzyść skarżącego, o ile strona przeciwna również nie złożyła zażalenia. M. Manowska²⁶ za Sądem

²¹ A. Zieliński, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem*, Warszawa 2015, s. 307–308.

²² K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 634.

²³ Wyrok TK z dnia 12 maja 2011 r., P 38/08, OTK-A 2011/4/33. A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, wyd. 6, Warszawa 2012, s. 708.

²⁴ A. Góra-Błaszczkowska, *op.cit.*, s. 863.

²⁵ A. Zieliński, *Zażalenie...*, s. 306.

²⁶ M. Manowska, [w:] *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, red. M. Manowska, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 659.

Najwyższym²⁷ zaznacza, że zakaz ten nie dotyczy postanowień o charakterze procesowym. SN w uchwale z dn. 19 września 2002 roku²⁸ stwierdził, że przewidziany w art. 384 k.p.c. zakaz *reformationis in peius* nie ma zastosowania w przypadku rozpatrywania skargi na orzeczenie referendarza, argumentując to stanowisko nadrzędnością sądowej kontroli orzeczenia niesądowego, wywodzonej z art 45 ust. 1 Konstytucji i z art. 175 ust. 1 Konstytucji, a także postulatem zapewnienia zgodności orzeczenia z obowiązującym prawem.

Zgodnie z art. 382 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. sąd rozpoznając skargę, orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu przed referendarzem, jak i w postępowaniu odwoławczym. B. Bładowski²⁹ twierdzi, że rozpatrując zażalenie (a więc *per analogiam* odnosi się to też do postępowania skargowego) sąd bierze pod uwagę nowe okoliczności, a także nowe dowody niezależnie od tego, czy strona mogła je powołać wcześniej, a zatem nie ma zastosowania art. 381 k.p.c. pozwalający sądowi pominąć nowe fakty i dowody. Dodatkowym argumentem do niestosowania ograniczenia w przeprowadzaniu dowodów w postępowaniu rozpoznającym skargę jest wykluczenie wydania przez sąd orzeczenia kasatoryjnego³⁰. Do skargi zastosowania nie ma również art. 383 k.p.c., gdyż dotyczy on zmiany powództwa, a nie zmiany zakresu zaskarżenia³¹.

Z powodu rozpoznawania skargi na postanowienie referendarza sądowego w przedmiocie kosztów, odmowy ustanowienia pełnomocnika i w postępowaniu egzekucyjnym jako sąd II instancji, sąd uprawniony jest do przedstawienia SN zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości

²⁷ Postanowienie SN z 21 lutego 1997 r., I PKN 19/97, OSNP 1997/23/466.

²⁸ Uchwała SN z 19 września 2002 r., III CZP 56/02, OSNC 2003/6/80.

²⁹ B. Bładowski, *Zażalenie...*, s. 104.

³⁰ W. Siedlecki, [w:] *Zaskarżanie orzeczeń...*, s. 370–372, K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 638.

³¹ K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 639.

na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.³². Zgodnie z art. 390 § 2 k.p.c. uchwała SN wiąże sąd rozpoznający skargę w danej sprawie.

Na zasadach ogólnych wymienionych w art. 173-178 k.p.c. (z wyłączeniem art. 177 § 1 pkt 5 k.p.c.)³³ i art. 182 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. art. 397 § 2 k.p.c. sąd może wydać postanowienie w przedmiocie zawieszenia lub umorzenia postępowania skargowego.

4. Rozstrzygnięcia sądu

Rozpoznając skargę, sąd wydaje postanowienie, które zawiera rozstrzygnięcie co do losu zaskarżonego orzeczenia. W razie braku istnienia przesłanki merytorycznej w zaskarżeniu, czyli braku wadliwości orzeczenia referendarza sądowego, sąd oddala skargę wydając postanowienie utrzymujące w mocy zaskarżone orzeczenie. Zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. brak wadliwości oceniany jest na moment przed wydaniem orzeczenia przez sąd, a nie moment wydania go przez referendarza. Zatem pierwotnie wadliwe orzeczenie na skutek nowych okoliczności może okazać się prawidłowe³⁴.

W przeciwnym wypadku sąd wyda postanowienie reformatoryjne, zmieniające odpowiednio zaskarżone orzeczenie. Dotyczy to również sytuacji, w których zachodzi nieważność postępowania, gdyż w treściach art. 398²³ k.p.c. i art. 767^{3a} k.p.c. ustawodawca wykluczył możliwość wydania przez sąd postanowienia kasatoryjnego przekazującego sprawę do ponownego rozpatrzenia przez referendarza sądowego. W sytuacji gdyby wniosek o wydanie postanowienia przez referendarza podlegał odrzuceniu (niedopuszczalność drogi sądowej, brak zdolności sądowej lub procesowej strony, jej organu lub przedstawiciela) sąd wyda reformatoryjne orzeczenie

³² Uchwała SN z 26 czerwca 2014 r., III CZP 30/14, www.sn.pl [data odczytu: 1 maja 2015].

³³ J. Gudowski, [w:] *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz. Postępowanie rozpoznawcze*, t. II, pod red. T. Erecińskiego, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 288.

³⁴ K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 643.

zastępujące zaskarżone orzeczenie, w którym odrzuci wniosek. Należy zaznaczyć, że art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c. wskazujący *res iudicata* i *lis pendens* jako przesłankę odrzucenia pozwu (wniosku) nie ma zastosowania w postępowaniu klauzulowym³⁵. W razie gdyby nieważność postępowania podlegała sanacji, np. w sprawie orzekałby referendarz wyłączony z mocy ustawy, strona pozbawiona byłaby możliwości obrony (z ograniczeniem tej przesłanki w postępowaniu klauzulowym), sąd, zastępując wadliwe orzeczenie referendarza, wyda postanowienie zgodne z prawem. Inaczej jest w przypadku „nieprawidłowego składu sądu”, czyli orzekania przez referendarza poza swoimi kompetencjami. Wówczas, jak już zostało to powiedziane wcześniej, orzeczenie referendarza jest *non existens*, a skarga podlega odrzuceniu. Wadliwość orzeczenia referendarza sądowego może mieć swoje źródło zarówno w uchybieniach proceduralnych, jak i materialnych. K. Markiewicz słusznie zauważa, że mimo użycia w art. 398²³ k.p.c. i w art. 767^{3a} k.p.c. przez ustawodawcę spójnika „albo”, sąd ma również możliwość w części utrzymać, a w części zmienić zaskarżone postanowienie³⁶.

Uregulowane w art. 398²³ § 1 *in fine* k.p.c. i w art. 767^{3a} zd. 4 k.p.c. dwa sposoby rozstrzygnięcia skargi dotyczą jedynie sytuacji, kiedy skarga jest prawidłowo wniesiona. W przeciwnym wypadku wydawane jest postanowienie o odrzuceniu skargi, również w sytuacji, gdy przyczyna niedopuszczalności skargi zostanie wykryta po fazie postępowania instrukcyjnego.

Zgodnie z zasadą dyspozycyjności w procesie cywilnym, istnieje możliwość wycofania skargi lub wniosku o wydanie postanowienia. W sytuacji, gdy skarga zostanie cofnięta, sąd na podstawie art. 391 § 2 k.p.c. w zw. art. 397 § 2 k.p.c. umorzy postępowanie skargowe, a kosztami

³⁵ Uchwała SN z dnia 28 października 2010 r., III CZP 65/10, OSNC 2011/3/27.

³⁶ K. Markiewicz, *op.cit.*, s. 643.

postępowania skargowego obciąży skarżącego³⁷. Natomiast gdy w postępowaniu skargowym skutecznie zostanie cofnięty wniosek o wydanie postanowienia przez referendarza sądowego, sąd uchyli zaskarżone postanowienie referendarza i umorzy postępowanie skargowe. Wówczas o kosztach sąd orzeka jak przy cofnięciu pozwu – koszty postępowania w całości obciążą cofającego wniosek.

Zgodnie z art. 397 §1¹ k.p.c. sąd z urzędu sporządza uzasadnienie postanowienia w przedmiocie rozstrzygnięcia skargi w terminie dwóch tygodni od wydania orzeczenia (art. 387 § 2 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c.). Z powodu tego, iż postanowienie rozstrzygające skargę z reguły zapada na posiedzeniu niejawnym, nie jest ono ogłaszane. Zgodnie jednak z art. 357 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. art. 397 § 2 k.p.c. sąd doręcza postanowienie obu stronom z urzędu, z wyjątkiem sytuacji, w których odpisu skargi nie doręcza się przeciwnikowi. O kosztach postępowania skargowego sąd orzeka zgodnie z art. 98–110 k.p.c.

Postanowienie sądu zapadłe na skutek rozpoznania skargi jak każde postanowienie sądu II instancji, jest orzeczeniem prawomocnym. Jest ono skuteczne od chwili wydania, a na gruncie art. 365 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. wiąże strony postępowania, sąd, który je wydał, a także inne sądy i organy państwowe, w tym organy egzekucyjne. Nie przysługuje od niego ani skarga kasacyjna, ani skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia³⁸. Z tego też powodu do postanowienia rozpoznającego skargę na postanowienie referendarza sądowego w postępowaniu egzekucyjnym nie można zastosować art. 388 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. dotyczącego fakultatywnego wstrzymania wykonalności orzeczenia sądu II instancji w razie wniesienia skargi kasacyjnej. Na rozstrzygnięcia kończące postępowanie w przedmiocie

³⁷ *Ibidem*, s. 644.

³⁸ Zobacz też: J. Gudowski, *Skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia*, [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. III *Środki zaskarżenia cz. 2*, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 1549.

skargi nie przysługuje również zażalenie do SN. Postanowienie wydane na skutek rozpoznania skargi podlega rektyfikacji, a więc sprostowaniu, uzupełnieniu lub wykładni na podstawie art. 350-352 k.p.c. w zw. z art. 361 k.p.c. w zw. z art. 361¹ k.p.c. na zasadach ogólnych³⁹.

5. Podsumowanie

Wprowadzenie do polskiej procedury cywilnej środka zaskarżenia od postanowienia organu niebędącego sądem, który rozpatrywany jest wyłącznie przez sąd działający jako sąd II instancji jest konstrukcją nietypową, ale dobrą. Dzięki takiemu rozwiązaniu udało się poprawić szybkość i sprawność postępowań skargowych w sprawach zaskarżeń postanowień referendarza sądowego w przedmiocie kosztów sądowych lub kosztów procesu, o odmowie ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, a także w postępowaniu egzekucyjnym. Z drugiej strony, z powodu drugoinstancyjnego sposobu rozstrzygnięcia skargi, należy negatywnie ocenić pozostawienie przez ustawodawcę braku możliwości zaskarżenia postanowienia odrzucającego przez sąd skargę. Podobnie niekorzystne w ocenie autora jest wykluczenie możliwości wydania przez sąd postanowienia kasatoryjnego przekazującego sprawę do ponownego rozpatrzenia przez referendarza sądowego. Zmianę w tym zakresie od dłuższego czasu postuluje Ogólnopolskie Stowarzyszenie Referendarzy Sądowych⁴⁰.

³⁹ A. Zieliński, *Zażalenie...*, s. 351.

⁴⁰ Projekt zmian KPC i UKSC (2012.6) wraz z opinią Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Referendarzy Sądowych, www.referendarz.pl